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

7

第五年度 | ANO 5

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@ruicunha.org)

Conselho Editorial
Jorge Godinho,
Filipa Guadalupe (Editores Executivos)

Colaboraram Nesta Edição
Hugo Luz dos Santos; Cândida da Silva Antunes Pires,
João António Valente Torrão; Ilda Cristina Ferreira

Tradução
Zhen Yishu (Teresa)

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

Contactos
Telefone - (853) 28923288;
e-mail - cred-dm@ruicunha.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
Setembro 2017

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@ruicunha.org)

編輯委員會
Jorge Godinho,
郭麗茹 (執行編輯)

本期合作者
Hugo Luz dos Santos; Cândida da Silva Antunes Pires,
João António Valente Torrão; Ilda Cristina Ferreira

翻譯

鎮一姝

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

聯係方式
電話 (853) 28923288;
郵箱 cred-dm@ruicunha.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
2017年09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

7

第五年度 | ANO 5

ÍNDICE

NOTA DE ABERTURA 7

DOUTRINA 9

HUGO LUZ DOS SANTOS 11
O crimo de branqueamento de capitais e o crimo precedente em Macau e em portugal: concurso efectivo? Adequação social e exclusçao da tipicidade?

CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES 29
A complexidade da tradução jurídica
algumas reflexões

JURISPRUDÊNCIA 49

JOÃO ANTÓNIO VALENTE TORRÃO 51
Revisão e confirmação de sentença proferida por tribunal do exterior de Macau.

LEGISLAÇÃO COMENTADA 89

ILDA CRISTINA FERREIRA 91
Breves notas sobre o Instituto da "Entrega de Infractores em Fuga" na Região Administrativa Especial de Macau

索引

序言 109

學說 111

HUGO LUZ DOS SANTOS 113
澳門和葡萄牙的清洗黑錢犯罪和前犯罪：
屬犯罪之純正競合？因社會適當而排除罪狀？

CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES 127
法律翻譯的複雜性——在此方面的一些思考

司法見解部分 143

JOÃO ANTÓNIO VALENTE TORRÃO 145
審查及確認澳門以外法院判決

立法評論 177

ILDA CRISTINA FERREIRA 179
澳門特區"移交逃犯"制度簡評

NOTA DE ABERTURA

Após um longo interregno, originado pela edição de outras publicações, manuais jurídicos e uma extensa compilação comemorativa dos XX Anos do Código Penal e do Código de Processo Penal de Macau, em versão bilingue, estamos de regresso com mais um número da nossa Legisiuris, desta feita, a número 7.

Nesta edição, contamos com os contributos da Senhora Professora Cândida Pires e do Senhor Procurador Hugo Luz dos Santos na Secção de Doutrina.

No que à Secção de Jurisprudência diz respeito, contamos, uma vez mais, com o nosso já colaborador residente, nesta categoria, Senhor Dr. João Torrão.

A Secção de Legislação Comentada é, neste número, preenchida por um artigo de Ilda Cristina Ferreira.

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

Uma última nota, para dar conta ao estimado leitor, de uma Edição especial da Legisiuris – N.8 -, a sair no final de Novembro, totalmente dedicada à temática do Erro Médico e integralmente preenchida com uma cuidada selecção de artigos doutrinários.

Fazendo votos para que esta edição corresponda às expectativas, ficamos, como sempre, a aguardar comentários, sugestões e/ou artigos para publicação em creddm@ruicunha.org .

Filipa Guadalupe
Directora CRED-DM
Fundação Rui Cunha

DOUTRINA

O CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS E O CRIME PRECEDENTE EM MACAU E EM PORTUGAL: CONCURSO EFECTIVO? ADEQUAÇÃO SOCIAL E EXCLUSÃO DA TIPICIDADE?

HUGO LUZ DOS SANTOS

Magistrado do Ministério Público

Resumo: O objectivo primacial da presente investigação é o estudo da regime jurídico do crime de branqueamento de capitais vigente na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) e em Portugal. Propõe-se a mobilização da categoria doutrinal da *adequação social*, tendo em vista a *exclusão da tipicidade* da *conduta do branqueador* quando *coincida* com o *autor do facto precedente*.

Abstract: The main aim of this research is the scientific study of the legal regulation of the "*money laundering crime*" in Macau, Special Administrative Region (SAR) and Portugal. Thus, we emphasize that the *social adequacy* ought to be used, with the specific scope to *exclude* the criminal liability of the money laundering´s crime author, whenever he is the precedent´s crime author.

Sumário[1/2]**: 1) Enquadramento dogmático – legal da lei de branqueamento de capitais da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) e (candentes) questões a ela conexas - 1.1) O *concurso efectivo ou concurso aparente, por consumpção,* entre o *crime precedente* e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais quando perfectibilizado pelo mesmo autor imediato? 1.2) O *Nemo tenetur se ipsum accusare* e a doutrina alemã do *princípio da vinculação do fim* (*aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas de um crime anterior*) - breves notas; 2) A questão da *adequação social e económica da conduta do autor do facto precedente/branqueador* e das *acções neutras* no âmbito teleológico do tipo legal de crime de branqueamento de capitais – sua relevância, quando analisadas à luz da actual doutrina alemã da *"acção arriscada permitida"*, *para a exclusão da tipicidade* do crime de branqueamento de capitais quando praticado pelo *autor do facto precedente*. 3) Conclusões.**

1)

Enquadramento dogmático – legal da lei de branqueamento de capitais da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM) e (candentes) questões a ela conexas - 1.1) O *concurso efectivo ou concurso aparente, por consumpção,* entre o *crime precedente* e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais quando perfectibilizado pelo mesmo autor imediato?

A criminalização do branqueamento de capitais é exigida por três instrumentos internacio-

1 Este estudo segue as regras anteriores ao novo acordo ortográfico.

2 Muito agradecemos aos Senhores Professores Doutores Joaquim Freitas da Rocha e Wladimir Brito, brilhantes académicos da Escola de Direito da Universidade do Minho, pelo estímulo, continuamente manifestado, e sempre tão bondosamente nutrido, no que toca à publicação deste e de outros estudos deste *proto- jurista*. Endereçamos, igualmente, uma palavra de agradecimento, ao (nosso Mestre) Senhor Professor Doutor Pedro Caeiro, Professor da (também) *minha* Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela (inexcedível!) amabilidade académica manifestada. Os erros, omissões e imprecisões – e são muitos!- são imputáveis, em exclusivo, ao autor deste estudo.

nais elaborados no âmbito da ONU e vigentes em Macau[3]: a Convenção de Viena de 1988 (art.º 3.º, alíneas b), i) e ii)), a Convenção de Palermo de 2000 (art.º 6), e a Convenção contra a Corrupção de 2003 (art.º 23.º)[4/5].

No que respeita aos elementos do tipo legal de crime de branqueamento de capitais, a obrigação de criminalização é feita de modo essencialmente homogéneo nestes instrumentos internacionais.

No que se refere à Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), o legislador procedeu à criação da Lei n.º 6/97, de 30 de Julho[6/7]; em Portugal, no que toca ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais denotou-se a existência de uma reforma legislativa de vulto em 2004, de que se destaca a inserção do tipo legal de crime no Código Penal, através da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, que aditou ao Código Penal o art.º 368-A.º.

Em Macau, a Lei n.º 2/2006, de 03 de Abril, que revogou o art.º 10.º da «lei da criminalidade organizada» e passou a condensar as soluções legislativas que regulam o branqueamento de capitais numa lei extravagante, acolheu vários contributos legais emergentes da Lei n.º 11/2004, de 27 de Março, e introduziu variadas alterações no tipo legal de crime, que tocaram, para além de outros aspectos secundários[8], as seguintes questões fundamentais: os elementos normativos e descritivos do tipo legal de crime; o «catálogo» e factos principais ou precedentes; as penas aplicáveis; o bem jurídico protegido[9]; e a responsabilidade penal das pessoas colectivas[10].

---

3 A disquisição (conjunta) do regime jurídico atinente ao crime de branqueamento de capitais, em Portugal e na Região Administrativa Especial de Macau, prende-se com a *homologia genética e funcional* que une ambos os regimes jurídicos. A lei macaense, contudo, afasta-se, como adiante se verá, da lei portuguesa no que se refere à (candente) questão do *concurso efectivo de crimes*.

4 A versão portuguesa deste estudo aproveita, com vários desenvolvimentos e actualizações doutrinais e jurisprudenciais, parte de uma modesta investigação realizada com um âmbito e um propósito mais amplo denominada "A Criminalidade económico-financeira na Região Administrativa Especial de Macau (RAEM): Subsídios para a interpretação da Lei do Branqueamento de Capitais", in: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau* (*BFDUM*), n.º 36, (2015), Macau, China, (2015), *passim*, que se encontra traduzido em chinês (mandarim tradicional) e em inglês.

5 Para uma proficiente e exaustiva análise, V. JORGE GODINHO, *Do crime de «branqueamento de capitais». Introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, (2001), pp. 89 e ss.

6 Criada na sequência de uma onda de criminalidade que, ao tempo, assolou a Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), emergente da digladiação de clãs criminosos pelo controlo de rendimentos resultantes da exploração de «*salas VIP*» de jogos de fortuna e azar nos casinos locais; V., com muito interesse, ÂNGELA VENG MEI LEONG, "Macau casinos and organised crime", in *Journal of Money Laudering Control*, (2004), pp. 298 e ss.

7 V, também com muito interesse, MARIA LEONOR ASSUNÇÃO, "Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Manuel da Costa Andrade *et alli* (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2003), pp. 85 e ss.

8 Foi eliminada a referência aos arts.º 226.º e 227.º do Código Penal que constava do proémio de 1997, por desnecessária; pela mesma razão, foram suprimidas as referências a «*no todo ou em parte*» e a «*directa e indirectamente*»; a referência a «*pessoa implicada*» foi substituída por uma outra, mais precisa, o «*autor ou participante*»; onde a lei se referia ao propósito de se «*eximir às consequências*», o texto agora alude ao propósito de evitar que uma pessoa seja penalmente perseguida ou submetida a uma reacção penal; a lei de 1997 referia-se ao facto principal como sendo um «*crime*» ao passo que a lei actual fala de «*ilícito – típico*»; a referência «*a propriedade ou outros direitos*» passou a ser referida «*titularidade*»; Sobre estas alterações, V., com muito interesse, e que vimos seguindo textualmente, JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, (2009), p. 14, disponível em ssrn.com.

9 V. JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, *cit*., p. 15.

10 Cuja dilucidação teórica será realizada adiante de forma mais detida.

Mas em que consiste o branqueamento de capitais?

Ancorados na mais autorizada doutrina, o crime de branqueamento de capitais consiste essencialmente na ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens de crimes[11].

Breve, no entendimento de abalizada doutrina alemã, por branqueamento designam-se «os meios através dos quais se escondem a existência, a origem ilegal ou a utilização ilegal de rendimentos, encobrindo esses rendimentos de forma a que pareçam provir de origem lícita[12/13]».

Espargidas as considerações introdutórias que antecedem faz-se mister referir que o branqueamento de capitais passa, ou pode passar, por dois momentos nucleares: um primeiro, conhecido por money laundering e um outro chamado recycling[14].

O money laundering (branqueamento de capitais) constitui o núcleo essencial do branqueamento de capitais. Pretende-se, através de operações que visam alcançá-lo, que as vantagens ou incrementos patrimoniais resultantes do facto ilícito-típico anterior, sejam expeditamente libertadas dos vestígios da referida origem criminosa. Normalmente, neste momento, as referidas «vantagens» são ainda constituídas por dinheiro em numerário, e o respectivo branqueamento concretiza-se em negócios de curto prazo, os quais visam, como se referiu, dissimular não só a sua origem, como a respectiva identificação[15].

É, normalmente, o que se passa através da troca do dinheiro «sujo» por outros valores monetários, designadamente por notas de maior valor, ou pela troca desse dinheiro por outros bens facilmente transportáveis, como sejam jóias, metais e pedras preciosas, títulos de participação, abertura de contas bancárias noutros países, de preferência em nome de pessoas colectivas[16].

Já a recycling (transformacão/conversão), quando chega a ter lugar, concretiza-se em operações ou «manipulações» através das quais as vantagens patrimoniais convertem-se de forma a que ganhem aparência de se tratar de objectos de proveniência lícita, com a sua consequente reentrada no normal circuito económico. O que sucede, em regra, com a aplicação do dinheiro em grandes negócios, como pizarias e salas de espectáculos, ou através da ligação a negócios bancários ou de

---

11 V. JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, *cit*., p. 19.

12 Neste preciso sentido, VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMM, "Gewinnabschöpfung und Gelwäsche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorshcriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekampfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungeformem der Organisierten Kriminalitat (OrgKB)", in *Juristische Rundschau*, (1992), Heft 9, p. 353.

13 Para uma noção semelhante, também na doutrina alemã, V., com muito interesse, CORNELIUS PRITTWITZ, "Die Geldwasche und ihre strafrechtliche Bekämpfung-oder: Zum Einzung des Lobbyismus in die Kriminalpolitik", in *Srafverteidiger*, (1993), pp. 498-500.

14 Neste preciso sentido, VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMM*, cit.,* p. 354.

15 Neste preciso sentido, RODRIGO SANTIAGO, "O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime: Contributos para o estudo do art.º 23.º do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da Prevenção da Utilização do Sistema Financeiro no «Branqueamento» (Decreto- Lei N.º 313/93, de 15 de Setembro)", in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume II, Coimbra Editora, (1998), p. 367, que seguimos e seguiremos de muito perto.

16 Neste preciso sentido, RODRIGO SANTIAGO, "O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime", *cit*., p. 367.

sociedades financeiras[17].

Destarte, há nesta figura jurídico-penal uma relação umbilical, inextricável, obrigatória, entre a acção de ocultar ou dissimular a origem ou propriedade de determinados bens e a proveniência desses bens, pois devem forçosamente ser produto directo ou indirecto de um crime anterior.

Como afirma VITTORIO MANES no primeiro plano da descrição típica do crime de branqueamento de capitais está o objecto material do branqueamento proveniente de um determinado crime, pelo que no tipo legal de crime densifica-se uma "relazione di provenienza (diretta o indireta) che deve sussistere trai il denaro o la cosa oggetto di reciclagio e il reato pressuposto"[18/19].

Por conseguinte, a acção de transformar valores ilícitos em valores lícitos tem por pressuposto que os mesmos tenham sido ilicitamente adquiridos para se operar à sua transmutação, à sua reciclagem, em valores lícitos, o que não é senão uma decorrência lógica. Só se converte em lícito o valor ilícito; não se pode converter em lícito o valor licitamente adquirido anteriormente à acção de branqueamento.

Deste modo, só valores gerados por uma actividade criminosa anterior podem ser convertidos em valores de origem aparentemente lícita, pelo que a acção de branqueamento incide sobre um acervo de bens que provêm de uma actividade delituosa anterior, com o escopo de encobrir a sua origem visando furtar-se às consequências jurídicas próprias da fonte ilícita[20/21].

Assim, o facto delituoso precedente constitui a fonte geradora de vantagens ilícitas[22].

Com o advento das reformas introduzidas em 2004 em Portugal[23] e em 2006 em Macau tornou-se claro que o bem jurídico protegido é a realização da justiça: as condutas de branqueamento

---

17 Neste preciso sentido, RODRIGO SANTIAGO, "O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime", *cit*., p. 367.

18 Neste sentido, na doutrina italiana, VITTORIO MANES, "Il reciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell´intervento penale", in: *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell´economia*, anno XVII, n.º 1-2, janeiro/junho de 2004, (2004), Cedam, Padova, p. 53.

19 Neste sentido, na legislação espanhola que exige que o tipo legal de crime seja *grave*, V., na doutrina espanhola, BUJÁN-PEREZ MARTINEZ, "La dimensón internacional del blanqueo de dinero", in: *El fenonemo de la internacionación de delincuencia económica, Estúdios de Derecho Judicial*, n.º 61, Barcelona, Consejo General del Poder Judicial, (2004), p. 226.

20 Neste sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA, "O branqueamento de capitais – algumas reflexões à luz do Direito Penal e da Política Criminal", in *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*, Volume II, Coimbra Editora, (1998), p. 315.

21 Neste sentido, na doutrina brasileira, MARCO ANTÓNIO DE BARROS, *Lavagem de capitais e obrigações correlatas*, 2ª edição, São Paulo, RT, (2008), p. 51, que denomina o *crime antecedente* como "*pressuposto básico da posterior lavagem, pois parte-se da premissa de que a lavagem destina-se a ocultar ou dissimular a origem ilícita do lucro obtido*".

22 V.PEDRO CAEIRO, "A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa", in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, *cit*., p. 1087.

23 Sobre a evolução do quadro legal português respeitante ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais em ligação com os interesses financeiros da União Europeia, PAULO SOUSA MENDES, "O Branqueamento de capitais e a criminalidade organizada", in *Estudos de Direito e Segurança*, Jorge Bacelar Gouveia *et alii* (org.); Almedina, Coimbra, (2007), pp. 343-344; recentemente, mais sinteticamente, PAULO SOUSA MENDES, "Os Poderes do OLAF na luta contra as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e dos Estados-Membros", in: *Cooperação Judiciária em Mat*éria Penal, Maria Fernanda Palma *et alii* (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2014); sobre o crime de corrupção e respectiva evolução do quadro legislativo, analisado do ponto de vista da lesão dos interesses financeiros do Estado; JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, "Da Corrupção (Do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado). Erros legislativos e lacunas de punibilidade", in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Organização: Manuel da Costa Andrade *et alii*, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 849-918.

de capitais são puníveis se e na medida em que consigam que as vantagens de crimes anteriores sejam dissimuladas – para que não sejam detectadas, apreendidas e confiscadas pelo Estado, uma pretensão que surge após o cometimento de quaisquer crimes que tenham gerado proventos para os respectivos agentes[24].

Por conseguinte, o entendimento correcto é, pois, em síntese – e o único compatível com o texto da lei de Macau – o de que o crime de branqueamento de capitais consiste em ocultar ou encobrir a origem ou localização de vantagens do crime, de modo a que seja mais difícil a sua descoberta, apreensão e confisco[25/26]. A reforma aprovada em Macau em 2006 consagra expressamente este propósito político – criminal, e a nota justificativa da nova legislação[27] exprime inequivocamente que se propugna uma interpretação nos termos da qual o bem jurídico protegido é a administração da justiça[28/29].

1.1)

O concurso efectivo ou concurso aparente, por consumpção, entre o crime precedente e o tipo legal de crime de branqueamento de capitais quando perfectibilizado pelo mesmo autor imediato?

De harmonia com o que acima se deixou antecipado, o facto delituoso precedente constitui a fonte geradora de vantagens ilícitas[30].

Ora se assim é, estabelece-se, então, uma relação genética e funcional entre o crime precedente, e suas correspectivas vantagens ilícitas, e o facto posterior de ocultação ou dissimulação da origem e propriedade dos incrementos patrimoniais ilícitos.

Deste modo, a questão que se coloca é a de saber, e só dessa curaremos, quid iuris quando os factos naturalísticos reconduzíveis, em abstracto, ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais são perfectibilizados pelo autor imediato do crime precedente: concurso efectivo de crimes? Concurso aparente, por consumpção, à luz da tese do Professor FIGUEIREDO DIAS?

---

24 V. JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, *cit.,* p. 19.

25 V. JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau*, *cit.,* p. 19.

26 Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, "O recente Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) *Varvara c. Itália*, de 29 de Outubro de 2013 e o confisco alargado na União Europeia: um "*passo atrás*" no "*crime doesn´t pay*?"», in: *Scientia Ivridica* (*SI*), Tomo LXIII; Número 334, Janeiro/Abril 2014, *Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, (2014), *passim*.

27 V. Governo de Macau, *Proposta de Lei "Prevenção e repressão do crime de branqueamento de capitais". Nota Justificativa*, 2005, ponto 4, onde se pode ler: «*Entende-se que as condutas de branqueamento visam, primordialmente, impedir ou frustrar a realização do interesse legítimo da administração da justiça na detecção e perda de bens originados pela prática de crimes graves*».

28 V. JORGE GODINHO, *Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, cit.,* p. 19.

29 Neste sentido, V. MIGUEL REALE JÚNIOR, "Figura típica e objecto material do crime de "lavagem de dinheiro", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Stvdia Ivridica 100, Ad Honorem 5, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (*BFDUM*), Manuel da Costa Andrade et allii (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 561, que seguimos de muito perto.

30 PEDRO CAEIRO, "A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa", *cit*., p. 1087.

Adiantamos, desde já, que nos inclinamos, sem rebuço, para o perfilhamento da tese do Professor FIGUEIREDO DIAS, e a tese do Professor JORGE GODINHO, ou seja, a tese do concurso aparente, por consumpção, propugnando nós a mobilização, neste eixo temático, da categoria doutrinal norte –americana da rule of lenity "that requires courts to construe ambiguous criminal laws narrowly, in favor of the defendant"[31/32].

De forma sinóptica, rejeitamos, in totum, a diversidade dos bens jurídicos protegidos como fundamento dogmático do concurso efectivo de crimes[33/34/35/36/37/38].

Ancorados nesse pressuposto dogmático[39], cabe afirmar que o problema que nos ocupa é de concurso de crimes — e não de unidade de norma ou de lei[40]. Com efeito, é relativamente pacífico que o tipo de crime de branqueamento de capitais não está numa relação de especialidade ou subsidiariedade em face do ilícito-típico principal. O problema que aqui se coloca é de eventual consump-

31 Neste sentido, na doutrina norte – americana, STEFEN F. SMITH, "Overcoming Overcriminalization", in *Journal of Criminal Law & Criminology*, *Northwestern University School of Law*, Volume 102, Number 3, (2012), p. 567.

32 Neste sentido, muito recentemente, na doutrina norte-americana, ainda que no quadro epistemológico da (candente) questão da "*active avoidance*" e do "*rewriting power*", no quadro da teoria constitucional da "*judicial review*" e do "*self-restraint*", entronizada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (*Us Supreme Court*), NEAL KUMAR KATYAL & THOMAS P. SCHMIDT, "Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change", in: *Harvard Law Review*, Volume 128, Number 8, June 2015, (2015), pp. 2134-2157.

33 No sentido contrário, GERMANO MARQUES DA SILVA, "Notas sobre o branqueamento de capitais. Em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal", in *Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, António Menezes Cordeiro *et alii* (org.), (2007), pp. 451-457.

34 No sentido contrário, GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, "O crime de "branqueamento" e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português", in *Ciências Jurídicas. Civilísticas; Comparatísticas; Comunitárias; Criminais; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais*, Gonçalo de Sopas Melo Bandeira *et alii* (org.) Almedina, Coimbra, (2005), pp. 316 e ss.

35 No sentido contrário, antes da criação da Lei N.º 11/2004, de 27 de Março, que introduziu o art.º 368-A, no Código Penal Português, HENRIQUES GASPAR, "Branqueamento de capitais», in *Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, (1994), pp. 123 e ss.

36 No sentido contrário, depois da criação da Lei N.º 11/2004, de 27 de Março, menos claramente, JORGE DIAS DUARTE, "O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no art.º 368.º-A do Código Penal", in *Revista do Ministério Público* (*RMP*), Abril- Junho de 2004, Coimbra Editora, Coimbra, (2004), pp. 129 e ss.

37 Na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, inclinando-se para a defesa da tese da *diversidade dos bens jurídicos*, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 566/04, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Artur Maurício, disponível em www.dgsi.pt.

38 Na jurisprudência do Supremo Tribunal de Portugal, inclinando-se para a defesa da tese da diversidade dos bens jurídicos, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência n.º 13/2007, disponível em www.dgsi.pt.

39 Neste apartado seguiremos de muito perto, mesmo textualmente, JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau* (*BFDUM*), (2008), Macau, China, pp. 343-362.

40 No âmbito da *unidade de norma ou de lei* o problema coloca-se ao nível normativo e implica a articulação lógica entre preceitos legais, podendo suceder que entre as normas convocadas interceda uma *relação de hierarquia ou prevalência* que conduza à exclusão de uma em função de outra ou outras, sendo os critérios de solução apontados a *especialidade* e a *subsidiariedade*. Para Figueiredo Dias a *consumpção* não é, em bom rigor, uma questão lógico-formal mas sim um problema teleológico, de relacionamento de sentidos e conteúdos — *não sendo assim uma questão de unidade de lei ou de normas*. Neste preciso sentido, a obra de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), p. 1000.

ção — concretamente, é de saber se estaremos perante um caso de facto posterior co-punido[41].

O concurso de crimes não consiste numa operação lógico-formal de articulação das várias normas abstractamente aplicáveis. Trata-se antes de uma questão a analisar em termos de um juízo valorativo global — é «um problema axiológico e teleológico de relacionamento de sentidos e de conteúdos do ilícito»[42]. A questão de saber se se deve concluir pela existência de um concurso de crimes analisa-se em termos substanciais ou materiais, em face do significado social do comportamento em apreciação. Quando se deva concluir que existem vários «sentidos sociais de ilicitude», que devam ser valorados integralmente, haverá concurso efectivo[43]. Inversamente, estaremos perante um concurso aparente quando os sentidos de ilicitude se relacionem ou liguem entre si de tal modo que um dos sentidos seja predominante. Haverá assim que apurar a existência de uma unidade do sucesso ou acontecimento ilícito global-final[44], especialmente tendo em vista situações ou grupos de casos como os seguintes: a utilização de métodos, processos ou meios já em si mesmos também puníveis; os factos tipicamente acompanhantes; e os factos posteriores co-punidos[45].

É do tipo de situações referidas em último lugar que aqui curamos. Com efeito, o problema reside em saber se uma conduta posterior (o branqueamento de capitais) ao facto principal (o ilícito-típico de onde resultaram as vantagens ilícitas) pode ou não ser punida de modo autónomo ou adicional ou se, pelo contrário, tal não deve acontecer. Assim, trata-se fundamentalmente de indagar se o crime de branqueamento de capitais deve ser considerado como um facto posterior co-punido[46].

Inclinamo-nos, como acima se deixou sinalizado, para uma resposta de pendor positivo.

Na verdade, assente na rejeição firme da (vetusta) questão da pluralidade de resoluções criminosas, e bem assim, na afinidade entre os (diferentes) bens jurídicos violados, que são relegados para um plano conceitual secundário, o foco analítico do intérprete da lei penal deve ser deslocado da frieza ontológica das categorias doutrinais, que cunham dogmaticamente o conceito normativo de bem jurídico, para o plano de proximidade aos factos naturalísticos que compõem o «mundo da vida». (HABERMAS).

Por conseguinte, a essa interpretação, rectius, dos tipos legais de crime, deve presidir uma análise global, que parta do caso concreto, que se funde no caso concreto, e que legitime a solução normativa de que se partiu e em que se fundou, e que, descrevendo o desenho global do acontecimento da vida, faça jus à sua ineliminável materialidade subjacente.

Deste modo, uma tal interpretação jurídico – penal deve constituir uma solução de continuidade entre o acontecimento da vida e o acontecimento juridicamente relevante submetido à

41 V. JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", *cit.,* p. 344.

42 Sobre a questão, V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, *cit.,* p. 1002.

43 V. JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", *cit*., p. 344.

44 V. JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime*, *cit*., pp. 1016 e ss.

45 V. JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", *cit.,* p. 344.

46 V. JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", *cit*., p. 344.

cognição de um determinado tribunal. Um magistrado divorciado das forças que animam o devir da vida (e dos tempos que a sulcam) não logrará captar o sentido profundo do acontecimento da vida cuja cognição (e justa análise) lhe é peticionada.

Breve, o conceito doutrinal do tipo legal de crime de branqueamento de capitais, apesar de ser um conceito normativamente formatado, não dispensa (antes peticiona) um olhar global sobre o conglomerado fáctico que lhe está subjacente, de modo a buscar-se na linha fria do horizonte dos factos naturalísticos, um pedaço de reconhecimento normativo que é, justamente, um acontecimento juridicamente relevante, estribado por considerações de normalidade social.

No que se refere concretamente ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais, em que o conceito naturalístico de acontecimento da vida adquire contornos normalidade social, do ponto de vista da conduta do branqueador quando coincide com o autor do facto precedente, a acção naturalística do autor do facto precedente/branqueador dirige-se primacialmente à ocultação e dissimulação das vantagens ilícitas obtidas de forma ilícita com base num crime anterior.

Por conseguinte, o autor do facto precedente/branqueador pugna legitimar ex-post facto uma conduta anterior criminosa. Não há aqui lugar a um pensamento normativamente estruturado por parte do autor/branqueador, mas a um raciocínio que, escorado na normalidade social, tem como escopo primacial gizar uma linha de continuidade entre a prática do facto ilícito – típico precedente e as vantagens patrimoniais ilícitas daí advenientes, donde a perpetuação do estado de anti-juridicidade da sua conduta.

A esta luz, mesmo no quadro dogmático da doutrina clássica (EDUARDO CORREIA), que não perfilhamos, estaríamos perante uma única resolução criminosa, ou, mais modernamente, a acompanhando FIGUEIREDO DIAS, uma unidade do desígnio criminoso.

Deste modo, a conduta naturalística do autor do facto precedente/branqueador, sendo uma só, colima-se ao aproveitamento das vantagens ilícitas emergentes da prática do facto ilícito – típico precedente, deixando sem autonomia uma (posterior) danosidade social já lograda com a prática do crime anterior.

Por essa razão, acompanhamos o Professor JORGE GODINHO quando afirma que "o branqueador terá de ser pessoa diversa da que cometeu a infracção geradora das vantagens, pelo que é atípico o branqueamento de capitais obtidos pelo próprio através do facto principal. A solução contrária levaria a uma dupla punição destituída de fundamento material"[47/48].

No que se refere concretamente à lei n.º 2/2006, não pode ser visto como um acidente ou um acaso o facto de o legislador macaense de 2006 — que seguiu a lei de Portugal de 2004 ipsis ver-

47 Neste sentido, V. JORGE GODINHO, "Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III, Stvdia Ivridica 100, Ad Honorem 5, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Manuel da Costa Andrade *et alii* (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 398.

48 Contra, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Uniformização de Jurisprudência N.º 13/2007**,** DR 240 Série I de 2007-12-13, também disponível em www.dgsi.pt; em anotação a este aresto o PEDRO CAEIRO afirma, na esteira da doutrina sobre o *concurso de crimes* entronizada por FIGUEIREDO DIAS, que "*a natureza da consunção como problema do caso impede que aquela jurisprudência seja entendida no sentido de que o branqueamento se encontra sempre numa relação de concurso efectivo com o facto precedente sujeito ao regime do art.º 77.º. do CP; diversamente, ela deve ser interpretada no sentido de que existe aí um "concurso de crimes" (e não um fenómeno de "unidade de lei"), cabendo sempre ao juiz do caso avaliar se se trata, em concreto, de um "concurso de crimes efectivo", punível segundo as regras do art.º 77.º, ou de um "concurso de crimes aparente", por força de uma relação de consunção que leva à condenação por um único crime (o crime dominante), servindo o crime dominado como factor de agravação da pena"*; Neste sentido, PEDRO CAEIRO, "A consunção do branqueamento pelo facto precedente, em especial: i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; ii) a punição da consunção impura", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, *cit*., (2010), p. 221.

bis em muitos pontos — não ter acompanhado a legislação lusa quanto a esta questão, não incluindo o dito trecho «obtidas por si ou por terceiro». Deve pois entender-se que em Macau o legislador optou conscientemente por não sufragar as teses dos que sustentavam o concurso efectivo[49].

Resulta daqui, e do texto da lei — que não seguiu a solução de Portugal — com toda a clareza que a intenção do legislador foi no sentido de impedir a punição de factos posteriores co-punidos, cuja censura já resulta da punição do crime principal, pois tal dupla punição violaria o princípio ne bis in idem[50/51].

1.2)

O Nemo tenetur se ipsum accusare e a doutrina alemã do princípio da vinculação ao fim (o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas de um crime anterior) - breves notas.

O raciocínio acima expendido, sendo colhido do solo da normalidade social, encontra arrimo dogmático, ainda, na inadmissibilidade do nemo tenetur se ipsum accusare.

Na verdade, da configuração relevante do facto[52] do autor do facto precedente/branqueador que oculta ou dissimula as vantagens ilícitas de um crime anterior resulta que da mesma, em si e por si, emerge um comportamento conforme ao sistema[53] (nos termos adiante referidos em sede de adequação social), e este (o sistema) – rectius, qualquer sistema – é dinâmico e funciona em sintonia com os seus códigos e "peças"[54].

O que significa que, no caso tipológico que nos interpela, o sistema não pode (rectius, não deve) exigir ao autor do facto precedente/branqueador, uma disposição pessoal fidelidade ao direito[55], uma vez que, neste caso, não lhe é exigível um sentido de cumprimento do Direito[56].

---

49 V. JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", *cit.,* p. 351.

50 V. JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", *cit*., p. 353.

51 Entendendo, em face da lei portuguesa, que "*a atual redacção do art.º 368.º-A, n.º 2, do CP, no segmento normativo em que se estabelece sempre a existência de concurso efectivo entre o branqueamento e o crime antecedente é materialmente inconstitucional por vulneração do princípio ne bis in idem vertido no art.º 29.º, n.º 5, da Lei Fundamental*"; Neste sentido, ANDRÉ LAMAS LEITE, "Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?", in *Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia e Direito*, Coordenação: José Neves da Cruz/Carla Cardoso/André Lamas Leite/Rita Faria, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 473.

52 Ver, na doutrina alemã, ainda que no âmbito da comparticipação criminosa, HANS-JÖRG SCHWAB, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, Bëck, München, (2003), p. 302; BERND SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, (1971), p. 387; KLAUS ROGALL, "Bemerkungen zum Versuch der Beteiligung", in *Strafrechtwissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift (FS) für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Martin Böse *et alii* (hrsg.), Berlim, (2010), pp. 865-873.

53 Ver, na doutrina alemã, PRITTWITZ, "Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?", in *ZIS*, 2, (2012), pp. 218-220.

54 Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, "O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas", in *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, (*Journal of Law and Crime Sciences*), N.º 0, Julho-Dezembro 2014, Almedina, Coimbra, (2015), p. 52.

55 Ver, na doutrina espanhola, MERCEDES GARCIA ARÁN, "Artículo 31 bis", in *Comentarios al código penal, Parte general*, Juan Córdoba Roda *et alii* (org.), Marcial Pons, Madrid, (2010), p. 396.

56 Ver, sobre esta noção, TERESA QUINTELA DE BRITO "Relevância dos mecanismos de "*Compliance*" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes", in *Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais*, (*Journal of Law and Crime Sciences*), N.º0, Julho-Dezembro 2014, Almedina, Coimbra, (2015), p. 82.

E essa inexigibilidade radica, justamente, na incontornável asserção de que toda e qualquer colaboração coerciva do arguido com a administração da justiça penal está duplamente contra-indicada: por um lado, pela liberdade geral de acção que se desbobra do princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1.º, da CRP e art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau); por outro lado, pela vinculação ao fim (aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas emergentes de um crime precedente), e, inerentemente, pela natureza absoluta do princípio do nemo tenetur se ipsum accusare.

Com efeito, é jurisprudência pacífica do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que a tutela constitucional contra a auto-incriminação coerciva não exclui, por princípio, a conformidade com o direito dos deveres legais de declaração e de cooperação voluntária (v. g. art.º 30.º, n.º 2, art.º 59.º e ss, da Lei Geral Tributária de Portugal)[57], enquanto compressões do direito geral de personalidade e da liberdade geral de acção, mesmo que em causa esteja a obrigação de revelar acções criminalmente puníveis[58].

A significar, reversamente, que o conteúdo nuclear do privilégio contra a auto-incriminação, do nemo tenetur se ipsum accusare, repousa no axioma de que este tem uma área absoluta de tutela inviolável que diz respeito aos contributos auto-incriminatórios activos, tendo como reverso a irrelevância dos contributos auto-incriminatórios passivos[59], nomeadamente os resultantes da tolerância passiva[60].

Deste modo, a (in)exigibilidade de contribuição activa para a auto-incriminação do arguido representa, no plano axiológico-normativo, um sério atentado à dignidade pessoal (art.º 1.º, da CRP e art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) do arguido que é convertido em instrumento da sua própria condenação[61].

Por conseguinte, do lado da contribuição activa, o arguido é forçado a um acto de vontade, que representa o seu agir para o exterior como expressão da sua liberdade geral de acção; de tal facto se infere que, a essa luz, o arguido é instrumentalizado para fins processuais não apenas como

57 Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, "O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária, à luz do recente acórdão do TRE, de 26/02(2013: o virar da página?", in: *Revista Fiscal* (*RF*), Setembro-Outubro de 2014, Vida Económica, Porto, (2014), *passim*.

58 Ver, na lição do acórdão do *Tribunal Constitucional Federal Alemão* (*BVerfGE*), de 10.10.2004 e de 13.01.1981, in *Neue Juristiche Wochenschrift* (*NJW*), (2005), p. 3.

59 É neste quadrante temático que se inscreve a importância da *produção inconsciente* de *dados auto-incriminatórios*. A este respeito a doutrina alemã tem considerado que eles não caem no âmbito de tutela normativa do *nemo tenetur se ipsum accusare*; VOGEL, "Informationstechnologische Herausforderungen an das Strafprozessrecht", in *Zis*, (2012), pp. 485-487; O *Supremo Tribunal Federal Alemão* (*BGH*) já analisou um caso de um *monólogo auto-incriminatório* em sede do qual o arguido, sem ter a consciência de que estava a ser gravado, através de *meios ocultos de investigação criminal*, *confessou* a prática de um crime grave. A esta luz, o *BGH* considerou que, pese embora a *confissão* tenha impendido sobre a prática de crime grave, aquele *mon*ólogo pertencia a um *núcleo irredutível*, e, por isso, *inviolável*, da *dignidade da pessoa humana* - mormente o *direito geral de personalidade* que se desdobra desta. Deste modo, o *BGH* decretou a *proibição de valoração* daqueles *monólogos auto-incriminatórios*; acórdão do *Supremo Tribunal Federal Alemão* (*BGH*), de 22.12.2011, *HRRS*, (2012), n.º 268.

60 Ver, na doutrina alemã, KASISKE, "Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess", *JuS*, (2014), pp. 23-26; R. ZUCK, "Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009", in *Juristische Rundschau* (*JR*), (2010), pp. 18-27;

61 Ver, muito recentemente, MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", in *Revista de Legislação e Jurisprudência* (*RLJ*), Ano 144.º, Novembro-Dezembro de 2014, N.º 3989, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), p. 144, nota 26, que, neste apartado temático, seguimos e seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

corpo, mas também como personalidade, capaz de uma decisão autónoma de vontade[62].

A significar que, o nemo tenetur se ipsum accusare emerge como expressão evidente duma compressão de fundo do Estado de Direito (rechtsstaatliche Grundhaltung) assente na ideia axiomática do respeito pela dignidade humana[63]. Ele representa, assim, uma decisão de valor a favor do direito de personalidade perante o qual tem de recuar o interesse da comunidade na perseguição criminal[64].

A dignidade da pessoa humana impõe que o arguido possa decidir livremente se quer ou não ser utilizado como instrumento da sua própria condenação[65].

Por essa razão, é possível traçar uma linha de continuidade entre a liberdade geral de acção do arguido, a sua eminente dignidade pessoal, e a manifestação de vontade deste de colaborar (ou não) com a administração da justiça penal.

A significar que o núcleo irredutível da sua dignidade humana (art.º 1.º, da CRP e art.º 30.º, n.º 1, da Lei Básica de Macau) veda ao Estado-Juiz (sequer) a veleidade de esperar (quanto mais exigir) uma qualquer contribuição activa do arguido para a afirmação da sua responsabilidade jurídico-penal.

Assim, o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas do crime precedente, quando praticado pelo autor imediato do crime anterior/branqueador, são a expressão, por um lado, da liberdade geral de acção do arguido, e, por outro, são o matiz idóneo da (eminente, absoluta, e por isso, irredutível) dignidade pessoal que se actualiza na recusa (de resto, legítima) em colaborar activamente com o sistema de justiça penal.

A esta luz, a recusa de colaboração activa do arguido para a sua própria incriminação encontra o seu fundamento teleológico, com as devidas adaptações, no princípio da vinculação ao fim (Zweckbindung)[66] (o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas resultantes da prática do crime anterior) que significa, na sua formulação axial, a exigência de identidade entre o fim da obtenção das vantagens ilícitas (a perpetuação da anti-juridicidade da conduta criminosa nos termos acima expostos) e o fim da sua utilização (o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas resultantes da prática do crime anterior).

O que bem se compreende.

Com efeito, a tutela absoluta que a Constituição da República Portuguesa e a Lei Básica de Macau dispensam ao nemo tenetur se ipsum accusare tem como reverso a proibição – igualmente

62 Ver KASISKE, "Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess", *cit*., p. 16.

63 MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", *cit*., p. 146, que segue de muito perto a posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

64 MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", *cit*., p. 146.

65 MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", *cit*., p. 146.

66 Ver, na doutrina alemã, GUSY, "Polizeiliche Datenverarbeitung zur Gefahrenabvehr", in: *Zeitschrift für das juristische Studium*, (2012), pp. 150-163; ROGALL, *Festschrift für Kohlmann* (*FS*), (2006), pp. 456-467.

absoluta – a referida mudança de fim[67] dos referidos dados auto-incriminatórios.

Porquanto, como se considera ser de meridiana clareza, a conduta do autor do facto precedente/branqueador que oculta ou dissimula as vantagens ilícitas de um crime anterior quadra-se com a asserção, também ela clara, que o arguido não tem o dever de colaborar com a administração da justiça.[68]

Na verdade, reúne amplo consenso na doutrina[69/70] e na jurisprudência[71], a tese de que o direito ao silêncio (que funda o princípio nemo tenetur se ipsum accusare) se aplica a uma qualquer actividade processual por parte do arguido que contribua, em maior ou menor grau, para a sua própria incriminação, sendo esse um corolário do "legitimacy through fairness", de que fala a doutrina norte-americana[72].

Assim, independentemente da natureza substantiva[73] ou processualista[74/75] que estriba o princípio da não auto-incriminação (nemo tenetur si ipsum acussare), afigura-se-nos claro e meridiano que, se o conteúdo material do referido princípio só é assegurado através da imposição dos deveres de esclarecimento ou de advertência às autoridades judiciárias e aos órgãos de polícia criminal (artigos 47º, n.º 2 e 3, do CPP de Macau; 50º, n.º 1, alínea g), do CPP de Macau; 128º, n.º 5, do CPP de Macau), estabelecendo-se a sanção de proibição de valoração, nos termos do artigo 47º, n.º 3, do CPP de Macau e da nulidade das provas obtidas mediante tortura, coacção ou ofensa da integridade, física ou moral (artigo 113º, n.º 1, do CPP de Macau); e se, a benefício de exemplo, a justificação do

67 MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional", *cit*., p. 151; no mesmo sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, "O regime dos "conhecimentos da investigação" em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefónicas", in *Revista de Legislação e Jurisprudência* (*RLJ*), Ano 142.º, Julho-Agosto de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 355-358.

68 Neste sentido, DAMIÃO DA CUNHA, *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória*, Tese de Doutoramento, Universidade Católica Publicações, Porto, (2002), p. 344.

69 Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, *O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português*, Coimbra Editora, 2009, pp. 34 e ss; no mesmo sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, "Parte I, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare", in *Revista do Ministério Público* (*RMP*), n.º 108, Coimbra Editora, Coimbra Editora, (2006), pp. 132-133.

70 Mais recentemente, AUGUSTO SILVA DIAS, "Têm os deveres de cooperação do art.º 7.º e ss do DL N.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, Implicações Processuais Penais ou Contra – Ordenacionais", in *Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós – Graduado de Aperfeiçoamento*, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), pp. 435 e ss.

71 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/07 (Gil Galvão), Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 695/95; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 542/97; Tribunal Constitucional n.º 304/2004, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 181/2005; Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 340/2013, todos disponíveis em www.dgsi.pt; na jurisprudência do Tribunal Europeu do Direitos do Homem (TEDH), entre muitos outros, *Bykov v. Russia* (2009); *Alan v. Reino Unido* (2003); *Jalloh v. Alemanha* (2006).

72 Neste sentido, DAVID LUBAN, "Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law", in *Georgetown Law Faculty Working Papers*, July 2008, (2008), p. 13.

73 Neste sentido, VÂNIA COSTA RAMOS, "Parte II, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e *nemo tenetur se ipsum accusare*", in *Revista do Ministério Público* (*RMP*), n.º 109, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), p. 60.

74 Neste sentido, FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM)*, Almedina, Coimbra, (2009), p. 39.

75 Neste sentido, LARA SOFIA PINTO, "Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case Study: revelação coactiva da password para desencriptação de dados – *resistence is futile*?", in *Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa*, Coordenação da Teresa Pizarro Beleza/Frederico Lacerda Costa Pinto, Coimbra, Almedina, (2010), p. 107.

impedimento de o co-arguido depor como testemunha tem como fundamento essencial uma ideia de protecção do próprio arguido, como decorrência da vertente negativa da liberdade de declaração e depoimento, a que acima se fez referência e que se traduz no brocado latino nemo tenetur se ipsum accusare, o também chamado privilégio contra a auto-incriminação; faz-se mister concluir que a consagração do impedimento representa (também ele) uma renúncia do Estado à «colaboração forçada»[76] na investigação de factos criminosos de quem é alvo dessa mesma investigação, não logrando, tese contrária, passar o teste da bondade intrínseca da solvabilidade constitucional.[77]

Na senda da linha argumentativa acima traçada, e, concretamente em relação à entrega de documentos[78] pelo arguido ao tribunal de julgamento, debruçou-se o Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), Funke, de 25/02/1993, em sede do qual se decidiu que " assiste ao arguido um direito de não entregar documentos ou outras provas contra si próprio[79], sob pena de violação do direito a um processo equitativo (art.º 6.º, n.º 1, da CEDH)[80], e, fundamentalmente, de

76 Neste sentido, Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 133/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Vítor Gomes, disponível em www.dgsi.pt.

77 Tomando de *empréstimo* a feliz expressão de MANUEL DA COSTA ANDRADE, "Bruscamente no verão passado", a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente", in *Revista de Legislação e Jurisprudência* (*RLJ*), Ano 137, N.º 3948, Janeiro/Fevereiro de 2008, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), p. 148.

78 Neste sentido, sobre o alcance do *nemo tenetur se ipsum accusare*, em particular, no que se refere à entrega de documentos, PAULO DE SOUSA MENDES, "O dever de colaboração e as garantias de defesa", in *Revista Julgar*, n.º 9, Setembro-Dezembro de 2009, (2009), pp. 18; sobre as garantias de defesa do arguido em processo penal, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 70/2008, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Fernandes Cadilha, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 263/2009, de 26 de Maio de 2009, Acórdão do Tribunal Constitucional n.° 551/2009, de 27 de Julho de 2009 e n.° 645/2009, de 15 de Dezembro de 2009, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2010, relatado pelo Exmo. Senhor Conselheiro Gil Galvão disponíveis em www.dgsi.pt.

79 No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *J.B. v. Suiça*, de 03 de Maio de 2001, disponível em http://echr.coe.int/echr; JOANA COSTA, "O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", *in Revista do Ministério Público* (*RMP*) n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, (2011), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 151 e ss; Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), *Martinen c. Finlândia*, de 21 de Julho de 2009, disponível em http://echr.coe.int/echr; HELENA GASPAR MARTINHO, "O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas,* Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 1073 e ss; CATARINA ANASTÁCIO, "O dever de colaboração no **âmbito** dos processos de contra-ordenação por infracção **às** regras de defesa da concorrência e o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, (2010), Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2010), pp. 228 e ss; VÂNIA COSTA RAMOS, "*Nemo tenetur se ipsum accusare* e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, *cit*., pp. 184-185; apelando ao *princípio da lealdade processual*, PAULO DE SOUSA MENDES "As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, *cit*., pp. 139 e ss; Neste sentido, na doutrina de inspiração germânica, ELISABETH KÖCK, "Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände", in *Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag*, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, (2004), pp. 267-279; Neste sentido, na doutrina inglesa, ANGUS MACCLLOCH, "The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations- Theoretical Foundations and Pratical Implications", in *Legal Studies*, Volume 26, n.º 2, Junho, (2006), pp. 211-237; Em sentido divergente, DIANA ALFAFAR, "O dever de colaboração e o *nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência*", in *Revista da Concorrência e Regulação*, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 336 e ss.

80 A mais recente e autorizada doutrina norte-americana fala, a este propósito, na imperiosidade de "*providing due process"* e "*ensure fundamental fairness*"; Neste sentido, WALLACE B. JEFFERSON, "Liberty and Justice for some: How the Legal System Falls Short in Protecting Basic Rights", in *New York Law Review*, Volume 88, Number 6, December 2013, (2013), p. 1970.

violação do princípio da inocência (art.º 6.º, n.º 2, da CEDH)", porquanto, entendeu o TEDH " não é aceitável que o arguido seja obrigado a auto-incriminar-se".

Noutro ângulo, mas ainda em sede da mesma linha argumentativa, o (então) Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), na esteira da Jurisprudência "Orkem"[81], firmou jurisprudência pacífica no sentido de que o direito à não auto-incriminação nada mais é do que uma decorrência do princípio da presunção de inocência.

Por conseguinte, a esta luz se compreende que, se "a fuga à justiça é um «estádio posterior» de todos conhecido: sempre existiu e sempre existirá; (e) se a fuga da pessoa do agente é atípica, porque não deveria suceder o mesmo com a fuga dos capitais"?[82]

2)

A questão da adequação social e económica da conduta do autor do facto precedente/ branqueador e das acções neutras no âmbito teleológico do tipo legal de crime de branqueamento de capitais – sua relevância, quando analisadas à luz da actual doutrina alemã da "acção arriscada permitida", para a exclusão da tipicidade do crime de branqueamento de capitais quando praticado pelo autor do facto precedente.

Aqui aportados, já se antevê, nesta concreta sede discursiva, a supina importância, por um lado, da adequação social da conduta, e, reflexamente, por outro, da adequação económica da conduta.

Mas o que é afinal a adequação social da conduta?

A adequação social da conduta traduz-se num princípio de valoração geral da acção que adquire uma importância fundamental não só ao nível da interpretação da regra de direito penal como da regra de direito civil, do direito do trabalho, e de outros ramos de direito[83]. Em certos casos, e esta problemática é particularmente sentida pelo direito penal dada a importância que aí assume o princípio da legalidade, a conduta tem que ser valorada em todas as suas vertentes face à norma, acabando por ser o seu sentido social, todo o seu sentido social, a decidir da sua compatibilidade ao sentido jurídico[84]. Se é verdade que não basta nunca uma leitura formal dos termos da incriminação, há casos – de verdadeira adequação social da conduta – em que não se torna possível manter autónomos os pressupostos da responsabilidade penal, a indagação acerca da tipicidade, da justificação,

81 Neste sentido, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada), de 20/02/2001, Proc.º N.º T-112/98; Acórdão de *Limburgse Vinyl Maatschappij NV e outros Vs Comissão*; Acórdão do TJCE, de 07/01/2004, Processos Apensos n.º C-204/00P; C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P, e C-219/00P (*Aalborg Portland A/S e* outros Vs Comissão); Acórdão do TJCE, de 29/06/2006, Proc. C-301/04 (*Comissão Vs SGL Carbon AG*); Conclusões do Advogado-Geral Bot, que proferiu no âmbito do caso *Erste Bank*, em 26 de Março de 2009.

82 Neste sentido, V. JORGE GODINHO, "Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, *cit.,* p. 398.

83 Cujo pioneiro foi, na doutrina alemã, HANS WELZEL, na sua obra seminal, *Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58*, Berlin, (1939), pp. 491-516.

84 Neste sentido, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, "Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art.º 152.º, do Código Penal; Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Abril de 2006", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (*RPCC*), Ano 16, N.º 2, Abril-Junho de 2006, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), pp. 330-331.

e da desculpação, consumindo-se no momento da tipicidade toda a valoração da conduta[85].

Supõe-se, assim, o desempenho de uma tarefa interpretativa mais vasta e com contornos diferentes da interpretação tradicional já que não se trata apenas de aferir, ou de certificar, a reunião dos singulares elementos típicos, mas de pensar todo o sentido do tipo objectivo de ilícito em relação à conduta praticada, falando a doutrina abalizada, a esse propósito, em significado de um resultado lesivo[86].

O tipo legal de crime é sempre portador de um determinado sentido negativo, refere-se a condutas social e juridicamente desvaliosas, e esse desvalor não pode estar presente onde a conduta é socialmente normal e socialmente aceitável.

Deste modo, o julgador deve proceder a uma valoração social abrangente da conduta para saber se o seu sentido de totalidade corresponde ao que informa o tipo legal de crime. O recorte de conduta que o legislador verte ao nível da norma incriminadora tem que ser socialmente reconhecível no caso concreto[87]; o recorte social da conduta que o legislador tentou amarrar ao tipo não deve ser entendido como um puro facto, mas como percepção de um valor fundamental pela colectividade dentro de uma ordem de valores constitucional[88].

Por isso, e como acima se deixou sinalizado, deve manter-se uma relação estreita entre a norma penal e a realidade social no momento da sua aplicação[89].

A esta luz se compreende que, havendo uma relação inextricável entre a norma penal e a realidade social, que testa a sua validade e juridicidade, se possa, de modo que se julga dogmaticamente fundado, aliar à adequação social à adequação económica da conduta do autor do facto ilícito-típico precedente/branqueador, pois é no mundo exterior que, em estado de alteridade, ambas se projectam explicitamente, des-subjectivando-se.

Mas o que é afinal a adequação económica da conduta?

Com efeito, a teoria da adequação económica da conduta é um juízo de valoração jurídico – económica sobre uma conduta para excluí-la do âmbito do tipo penal económico quando a sua realização se encontra em conformidade com a liberdade de actuação própria nos quadros de uma economia global de mercado de base eminentemente capitalista em razão do seu carácter economicamente adequado, ainda que o seu exercício provoque a lesão do bem jurídico económico (livre concorrência).

Assim, a realização da conduta que corporiza objectivos económicos valorados positivamen-

---

85 Neste sentido, V., monograficamente, a mais autorizada doutrina portuguesa na matéria, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal, ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal*, Tese de Doutoramento, Publicações Universidade Católica Portuguesa, Porto, (2005), pp. 87 e ss.

86 Neste sentido, na doutrina alemã, ESER, "Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverszichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüber Vorteilsgewährungen", in *Festschrift für Claus Roxin*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, (2003), pp. 199 e ss.

87 Neste preciso sentido, muito recentemente, MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a relevância do simbolismo social do crime)", in *Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, Organização: Manuel da Costa Andrade *et allii*, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 290.

88 Neste sentido, na doutrina alemã, KÖNIG, *Das recht im Zusammenhang der sozialen Normensystem*», in *Seminar: abweichendes Verhalten*, Band I, Lüderssen/Sack, 2. Auflage, Frankfurt, (1982), pp. 200 e ss.

89 Neste sentido, na doutrina espanhola, ROLDAN BARBERO, *Adecuacion social y Teoria jurídica del Delito, sobre lo contenido y los limites de una interpretacion sociológica restrictiva de los delitos penales*, Universidad de Cordoba, Monografias, n.º 190, Cordoba, (1992), p. 79.

te (tais como a maximização da riqueza) faz com que a acção seja excluída do âmbito do direito penal económico, ainda que produza uma lesão no bem jurídico[90].

Essa exclusão da tipicidade da conduta naturalística do autor do facto precedente/branqueador explica-se ainda pelo facto de essa unidade de sentido social, esgotada que está a danosidade social com a perfectibilização do facto ilícito – típico precedente, ser dogmaticamente cunhada de acção neutra, na medida em que configura o limite do mundo do Direito, que não ultrapassa o nível dessa expressão de desaprovação, sendo, pois, comportamentos não manifestamente puníveis[91/92/93].

Porquanto não se denota, no quadro das relações sociais típicas, a violação de um dever negativo (de não causar dano a terceiros)[94]; e a legitimidade da norma de conduta, filtrada designadamente pelas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade (art.º 18.º, n.º 2, da CRP), condiciona a própria existência do dever jurídico – penal[95].

Ora se assim é, e julgamos que sim, denota-se na referida acção neutra – a de aproveitamento ex post facto das vantagens ilícitas emergentes da prática de crime anterior – uma cláusula implícita de risco permitido[96].

Como afirma CLAUS ROXIN, deve afastar-se a responsabilidade jurídico – penal de um agente quando a actuação do mesmo ocorra no âmbito do risco permitido[97/98] – no nosso caso, a do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador que oculta e dissimula as vantagens ilícitas emergentes de um crime anterior.

---

90 Neste sentido, IVAN LUIZ DA SILVA, "Introdução à teoria da adequação económica da conduta no direito penal económico" in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 22, N.º 1, Janeiro-Março de 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 46, que seguimos de muito perto, mesmo textualmente.

91 Neste sentido, na doutrina espanhola, RICARDO ROBLES PLANAS, *La participácion en el delito: fundamento y limites*, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, (2003), p. 33.

92 Neste sentido, na doutrina brasileira, LUÍS GRECO, *Cumplicidade através de acções neutras. A imputação objectiva na participação*, Rio de Janeiro, Renovar, (2004), p. 110.

93 Neste sentido, VINICIUS DE MELO LIMA, "Acções neutras e branqueamento de capitais", in *C & R, Revista da Concorrência e da Regulação, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano III, Números 11/12, Julho/Dezembro de 2012, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 171-182.

94 Neste sentido, na doutrina espanhola, RICARDO ROBLES PLANAS, "Deberes negativos y positivos en Derecho Penal", in *www.indret*, Barcelona, (2013), pp. 13, e, concretamente, no que se refere ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais, vide, com muito interesse, p. 17.

95 Neste sentido, na doutrina alemã, FREUND, "Zur Legitimationsfunktion des Zwecksgedankens im gesamtem Strafrechtssystem", in *Straftat, Strazumessung und Strafproze& im gesamten Strafrechtssystem*, Heilderberg, (1996), pp. 46-47.

96 Neste sentido, em geral, nos quadros do direito penal económico, JOSÉ DE FARIA COSTA, "Direito Penal Económico e as Causas Implícitas de Exclusão da Ilicitude", in *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Volume I, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, (1998), p. 423.

97 Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, (1989), pp. 237-239.

98 No mesmo sentido, na doutrina alemã, RUDOLPHI, *SK StGB*, 6. Auflage, (1997), Vor § 1 marg. 57.

Assim, o agente tem de ter criado com a sua conduta um risco não permitido para o resultado lesivo, de forma a que, sendo esse o caso, esse resultado lhe possa ser objectivamente imputado[99].

Simplesmente, e na medida em que a danosidade social da conduta naturalística do branqueador está genética e funcionalmente ligada ao ilícito típico precedente – formando uma unidade de sentido social- não há lugar àquilo que a doutrina alemã denomina de modificação prejudicial de um bem[100].

Por conseguinte, consideramos que a conduta naturalística do autor do facto ilícito – típico precedente/branqueador que oculta e dissimula as vantagens ilícitas emergentes de um crime anterior configura uma actuação arriscada permitida, ocorrida num estádio de preparação de factos posteriores co-punidos[101].

Com efeito, é este, no que se refere ao tipo legal de crime de branqueamento de capitais quando praticado pelo branqueador/autor do facto precedente, o "original meaning of the constitutional text and the principles that underlie the text"[102].

3)

Conclusões

Com o advento das reformas introduzidas em 2004 em Portugal e em 2006 em Macau tornou-se claro que o bem jurídico protegido é a realização da justiça: as condutas de branqueamento de capitais são puníveis se e na medida em que consigam que as vantagens de crimes anteriores sejam dissimuladas – para que não sejam detectadas, apreendidas e confiscadas pelo Estado, uma pretensão que surge após o cometimento de quaisquer crimes que tenham gerado proventos para os respectivos agentes.

Por conseguinte, o entendimento correcto é, pois, em síntese – e o único compatível com o texto da lei de Macau – o de que o crime de branqueamento de capitais consiste em ocultar ou encobrir a origem ou localização de vantagens do crime, de modo a que seja mais difícil a sua descoberta, apreensão e confisco. A reforma aprovada em Macau em 2006 consagra expressamente este propósito político – criminal, e a nota justificativa da nova legislação exprime inequivocamente que se propugna uma interpretação nos termos da qual o bem jurídico protegido é a administração da justiça.

O autor do facto precedente/branqueador, pugna legitimar ex-post facto uma conduta anterior criminosa. Não há aqui lugar a um pensamento normativamente estruturado por parte do autor/branqueador, mas a um raciocínio que, escorado na normalidade social, tem como escopo primacial gizar uma linha de continuidade entre a prática do facto ilícito – típico precedente e as vantagens patrimoniais ilícitas daí advenientes, donde a perpetuação do estado de anti-juridicidade

99 Neste sentido, na doutrina alemã, CLAUS ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, (2006), § 11, marg. 47.

100 Neste sentido, URS KINDHÄUSER, "Aumento do Risco e Diminuição do Risco", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, N.º 1, Janeiro-Março de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 20.

101 Neste sentido, ANDRES HOYER, "Risco Permitido e Desenvolvimento Tecnológico", in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, N.º 3, Julho-Setembro de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 366.

102 V. na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, "Framework Originalism and The Living Constitution", in *Yale Law Journal, Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, Research Paper n.º 82, February 2008, (2008), p. 4.

da sua conduta: é um facto posterior co-punido; uma acção neutra; uma conduta social e economicamente adequada, incluída numa actuação arriscada permitida, configurando, assim, uma cláusula implícita de risco permitido.

A esta luz, mesmo no quadro dogmático da doutrina clássica (EDUARDO CORREIA), que não perfilhamos, estaríamos perante uma única resolução criminosa, ou, mais modernamente, e acompanhando FIGUEIREDO DIAS, uma unidade do desígnio criminoso.

Deste modo, a conduta naturalística do autor do facto precedente/branqueador, sendo uma só, colima-se ao aproveitamento das vantagens ilícitas emergentes da prática do facto ilícito – típico precedente, deixando sem autonomia uma (posterior) danosidade social, já lograda com a prática do crime anterior; por aqui, se divisa, pois, uma violação do ne bis in idem (art.º 29.º, n.º 5, da CRP).

Assim, o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas do crime precedente, quando praticado pelo autor imediato do crime anterior/branqueador, são a expressão, por um lado, da liberdade geral de acção do arguido, e, por outro, são o repositório idóneo da (eminente, absoluta, e por isso, irredutível) dignidade pessoal que se actualiza na recusa (de resto, legítima) em colaborar activamente com o sistema de justiça penal.

A esta luz, o nemo tenetur se ipsum accusare, enquanto corporização da recusa de colaboração activa do arguido para a sua própria incriminação, encontra o seu fundamento teleológico, com as devidas adaptações, no princípio da vinculação ao fim (Zweckbindung) (o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas resultantes da prática do crime anterior), que significa, na sua formulação axial, a exigência de identidade entre o fim da obtenção das vantagens ilícitas (a perpetuação da anti-juridicidade da conduta criminosa nos termos acima expostos) e o fim da sua utilização (o aproveitamento ex-post facto das vantagens ilícitas resultantes da prática do crime anterior).

Horta (Faial, Açores), 07 de Fevereiro de 2015, revisto em Setembro de 2015.

A COMPLEXIDADE DA TRADUÇÃO JURÍDICA ALGUMAS REFLEXÕES

CÂNDIDA DA SILVA ANTUNES PIRES [1]

Si nous parlions la même Langue
et partagions la même culture,
nous n'aurions plus rien à échanger».
MICHEL SERRES [2]

I. Recorte do Tema[3]

Se realmente existem, no interior da ciência jurídica devidamente enquadrada no amplo panorama do conhecimento humano e da sua aplicação às realidades concretas, matérias cuja complexidade ninguém se atreverá a questionar, estas que pretendemos englobar na epígrafe com que rotulamos as páginas que se seguem atinge, sem sombra de dúvida, a dificuldade de todas as dificuldades.

Descabida seria a pretensão de aqui tratar exaustivamente todos os problemas que tema de tanta candência e inegável actualidade – com interesse não apenas regional – tem vindo a suscitar no espírito de juristas, sejam eles teóricos ou práticos, comparatistas ou não, legisladores ou julgadores por um lado, e de linguistas, terminologistas ou lexicólogos por outro, senão mesmo de jurilinguistas em toda a abrangência do vocábulo, compreendendo todos os que, nas suas investigações, cultivam a metodologia e procuram vias de rigor científico para a linguagem do Direito; e ainda, muito especialmente, no espírito de tradutólogos e dos próprios técnicos que, com o seu dedicado labor, operam ao nível palpável da tradução, onde vão convergir todas as dúvidas e perplexidades.

Igualmente não nos move – como aos discípulos de IONESCO, preocupados com o absurdo de enumerar todos os resultados possíveis de todas as multiplicações possíveis – o propósito de alinhar aqui soluções, definitivas ou mesmo provisórias, para as labirínticas e inúmeras questões que

---

1 Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Macau.

2 Em entrevista concedida ao *Nouvel Observateur,* edição internacional, n.º 1513, de 10 de Novembro de 1993, p. 55. MICHEL SERRES é um filósofo francês, professor universitário e escritor, autor de numerosos livros e ensaios na área das ciências humanas, muitos deles traduzidos para Inglês.

3 *Este trabalho representa o retomar, com vista à sua actualização, da pesquisa que iniciámos, há mais de uma década, sobre a complexa problemática da tradução jurídica.*
Trata-se de tema de irrefutável importância em espaços plurilingues e bilingues. Na Região Administrativa Especial de Macau tem vindo a preocupar os responsáveis pela governação local e recorrentemente vem experimentando novos desenvolvimentos tendentes à formação de jurilinguistas, quer **i.** *Propugnando-se a criação de Cursos de Pós-Graduação e de Mestrado em legística, como ciência que é dedicada ao estudo sistemático de métodos e técnicas de aperfeiçoamento da actividade de produção da lei – cursos esses em que a Universidade de Macau poderá seguramente desempenhar um papel de grande relevo –, quer* **ii.** *Promovendo a realização de seminários, como o que teve lugar em Macau, de 14 a 17 de Novembro de 2011, sob o tema "Experiências Legislativas de Ordens Jurídicas Bilingues e Multilingues e Gestão da Legislação", que pôde contar com a participação de reputados especialistas da Suíça e de Portugal, Prof. LUZIUS ANTON MADER e Dra. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, cujas importantes contribuições serão, de modo muito particular, referidas no presente texto.*

se levantam neste *mare magnum* que se nos perfila.

A ideia que agora pretendemos concretizar – e a que anteriormente já dedicámos alguma investigação – é tão só a de lançar o repto para uma reflexão alargada sobre os meandros da conexão entre Língua e Direito, de grande interesse prático em particulares enquadramentos, um pouco por todo o mundo. E é também a de poder partilhar com os potenciais leitores destas despretensiosas linhas alguma experiência que tivemos a oportunidade de acumular, ao longo dos anos, como operadora do Direito, como autora de projectos legislativos, como docente de Direito (*signanter* de Direito Comparado)[4] em quadro espacial e temporal tão singular e caleidoscópico como é o da actual Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China.

A investigação que nos tem sido possível realizar para o desempenho dessas e de outras missões permitiu-nos tomar contacto com as mais diversificadas situações, algumas de extrema delicadeza, existentes em vários espaços do Globo, das mais afastadas latitudes, numa época em que a consciência do valor desses circunstancialismos, a par de uma – porventura ainda crescenda – tendência para a mundialização, têm determinado a criação de organismos[5] e a realização de colóquios internacionais, designadamente à escala europeia e transatlântica, com vista ao debate e à troca de experiências entre peritos das várias áreas em presença no domínio agora em análise.

De facto, a nível do 'Velho Continente', a extraordinária expansão de uma Europa plurilingue e multijurídica tem feito ressaltar a dimensão linguística da realidade do Direito em todas as suas vertentes. E paira já no ar, há algum tempo, o voto de que, um dia, os lexicógrafos jurídicos dos idiomas mais falados tenham a possibilidade de unir os seus esforços para concretizar um sonho que há anos acalentam: a produção de um verdadeiro tesouro da jurilinguagem, uma obra que, ancorando-se numa metodologia científica, possa reunir os diferentes sentidos que as palavras têm consoante os países e os sistemas jurídicos, mas que contenha também informações gramaticais, estilísticas e etimológicas, com credíveis abonações e modelares exemplos ilustradores[6].

Temos de nos capacitar de que, mesmo a nível mundial, em breve será mera ficção a existência de países em que só se conhece um Direito, expresso numa só Língua. A realidade é bem diferente: países há em que vigora um só Direito, vertido obrigatoriamente em duas ou mais Línguas; outros, dentro de cujas fronteiras deparamos com vários Direitos coexistentes e co-vigorantes, expressos em Línguas diferentes; outros ainda, mais recentemente, atraídos para uma situação, que diríamos movediça, onde se cruzam múltiplos sistemas jurídicos, expressos em outras tantas Línguas.

Ora, se uma grande diversidade de idiomas, linguagens e modos de pensar se pode tornar incómoda e causadora de angústias e cepticismos em todo e qualquer sector do conhecimento humano, teremos de reconhecer que, a nível do Direito, *maxime* do Direito escrito – quer se trate de

4 E ainda como co-orientadora e docente de um Curso de Verão sobre Linguagem Jurídica na então Universidade da Ásia Oriental, hoje Universidade de Macau, em Agosto/Setembro de 1989, assim como formadora no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau, *v.g., num Curso de Linguagem Jurídica Processual.*

5 De que é exemplo o conhecido "Centre International de la Common Law en Français" (CICLEF), com sede em Bruxelas.

6 Refira-se, no entanto, a existência, desde 1991, de uma obra de grande fôlego – o *JURIDICTIONNAIRE Recueil des Difficultés et des Ressources du Français Juridique* –, da autoria de JACQUES PICOTTE e CLAUDE PARDONS, da Escola de Direito da Universidade de Moncton, Canadá (Centro de Tradução e de Terminologia Jurídicas). Esta obra, disponível em www.cttj.ca/documents.juridictionnaire.pdf e actualizada em Maio de 2011, surgiu, segundo os seus autores, por virtude de "L'absence d'une terminologie française propre à la common law, la coexistence et l'interaction de deux systèmes juridiques, l'influence de la common law sur le droit public canadien et sur la langue de ce droit, l'anglicisation insidieuse, non seulement du vocabulaire, mais peut-être plus encore de la syntaxe et du style, et, surtout, la carence d'instruments aptes à guider les traducteurs et les rédacteurs juridiques ».

textos normativos, desde a sua formulação à sua interpretação e aplicação prática, quer de textos doutrinários, quer ainda de textos jurisprudenciais na sua específica função, cada um dos quais, admita-se, com o seu estilo próprio – as questões a resolver aumentam em número e complexidade, atenta ainda a disparidade resultante da existência de vários sistemas ou famílias de Direitos e a inevitável falta de correspondência a nível dos diversos institutos.

Essa inidentidade jurídica e linguística entre espaços estaduais[7], ou mesmo no interior de cada um deles, assim grosseiramente delineada, parece-nos no entanto suficiente para dar uma ideia da enredada teia de problemas que se geram, a nível nacional, supranacional ou internacional, cuja solução, as mais das vezes, se torna um pouco menos que impossível, sujeita a erros, desajustes e contingências das mais diversas ordens e gravidade.

O simples equacionamento dessas dificuldades, pelo menos das mais prosaicas, constituirá sempre um primeiro passo, o arranque, no caminho a percorrer rumo ao quadro das soluções possíveis.

II. Língua e Direito: que relação?

1. Deixando para os especialistas a delimitação rigorosa do conceito de *Língua* (ou *idioma*) e a sua caracterização face a simples *dialectos* ou outros meios de expressão das ideias, bem como a análise das funções, designadamente de carácter instrumental ou veicular, que uma Língua desempenha na vida em sociedade; e tomando o vocábulo *Direito* numa acepção abrangente, acessível ao cidadão comum, digamos que empírica, quer como ciência, quer como agregado normativo, parece essencial assinalar, à partida, que *Direito* e *Língua* estão, a despeito das aparências, consideravelmente próximos.

1.1. Para cada indivíduo – dir-se-á – a aprendizagem da Língua é primária e essencial, enquanto a do Direito, se vier a acontecer, é necessariamente posterior. A Língua é "materna", o direito é "adulto".

Mas este contraste tende a esfumar-se se pensarmos em que muito cedo as crianças tomam contacto com proibições, com limitações à sua conduta, e adquirem mesmo a noção de posse na sua relação com as coisas. É uma verdade elementar.

E se considerarmos o Direito e a Língua em si próprios, globalmente, numa dada sociedade, o seu parentesco, a sua ligação, surge-nos como evidente.

Não apenas, e antes de mais, porque um e outra são *fenómenos sociais,* universais e necessários, que levariam a dizer, para a Língua, o que se diz acerca do Direito: *ubi societas, ibi…verbum*. Qualquer sociedade cria, quer a sua Língua de comunicação, quer o seu Direito regulador; ambos

7 Que só poderia ser ultrapassada se algum dia os comparatistas vissem coroado de êxito esse seu objectivo de uniformização dos Direitos. Ou porventura um outro objectivo mais ambicioso, quiçá inatingível: se pudesse vir a ter alguma viabilidade, no universo jurídico, o uso do *Esperanto,* enquanto Língua internacional e simplificadora, com apenas dezasseis regras gramaticais.
De todo o modo, para ajudar no equacionamento e resolução de alguns dos problemas que, contemporaneamente, surgem no plano internacional a nível de tradução, tem muito interesse consultar o relatório apresentado por *S*ÓNIA CRISTINA MIGUENS PRATA, na Universidade Católica Portuguesa, em Dezembro de 2014, para obtenção do grau de Mestre em Tradução, intitulado *A Tradução Jurídica no Âmbito da Cooperação Judiciária Internacional (disponível em repositório. ucp.pt/distraem/10400.14/17293/1/Relatório de mestrado_Tradução Jurídica.pdf),* sede em que podem encontrar-se referências e informações muito úteis para o estudo da "arte" da tradução jurídica.

eles, produtos da vida social, nascidos da mesma sociedade são, tanto na sua origem como no seu devir – acolhendo o esclarecido pensamento de JEAN CARBONNIER[8] – *fenómenos costumeiros*, no sentido de que exprimem hábitos. A prática da Língua e a prática do Direito provêm ambas de um comportamento popular submetido a uma moldagem científica apropriada. O uso determina a Língua, mas tem sido também, se acompanhado da convicção da sua obrigatoriedade, fonte do Direito, pelo que, em certo sentido, ambos são seus "filhos", mantendo entre si uma relação fraternal.

Do mesmo passo, pode afirmar-se, parece que sem hesitações, que Direito e Língua são, ambos, *fenómenos normativos*. O Direito é um sistema de normas; e a Língua, com todas as suas regras gramaticais, também o é. Será, de resto, por isso mesmo, que um e outra, enquanto aspirando ao respeito das suas normas, potenciam reacções de sentido contrário, de rejeição, de violação.

Acresce que, numa apreciação que julgamos nada encerrar de contraditório, o Direito e a Língua, enquanto sistemas, são essencialmente *evolutivos*: a Língua tem vida, o Direito também; ambos são impermeáveis à cristalização, em ambos existem elementos transmissíveis e elementos que se transformam. *Tradição* e *actualização* são traços comuns, associados, do património linguístico e do património jurídico, que não estão conservados em museus, mas "vivem" nos lares, nas assembleias, nas ruas.

Língua e Direito são, pois, permeáveis à dinâmica que lhes imprimem, não só o fluxo espontâneo dos usos, mas também, secundadamente, a acção voluntária de uma autoridade: *mutatis mutandis*, a neologia é, para a Língua, o que para o Direito é a inovação legislativa – ambas são necessárias, *cum grano salis*, e podem até acontecer em conjugação.

A Língua e o Direito evoluem, pois, uma pelo outro, já que a formulação jurídica está submetida à Língua na qual o Direito se exprime e, reciprocamente, a Língua aguarda por vezes uma consagração legal como meio da sua fixação.

Reflectindo sobre estes dois factos culturais[9] de vocação normativa, há quem não resista a sublinhar a existência simultânea de um *génio da Língua* e de um *espírito do Direito*, génios irmãos, oriundos e reveladores de uma mesma mentalidade de nascimento e de destino, como na imagem que não será de todo desajustada: a Língua e o Direito, onde quer que nasçam e se desenvolvam – sempre em mudança, sempre os mesmos –, são como dois rios esplêndidos onde se unem as correntes, comuns ou elitistas, populares ou eruditas, cujo curso é determinado por influência de ocorrências que, nas suas margens, os impulsionam, obstruem ou precipitam[10].

No plano das realidades, cremos, todavia, que a grande questão nesta matéria será a de determinar as consequências que decorrem, concretamente, do pretenso parentesco entre Língua e Direito, e em que grau esse elo se revela.

Parece-nos que tal questão se pode situar entre dois pólos.

---

8 Pensamento que pode encontrar-se desenvolvido em segmentos da sua vasta obra no domínio do Direito Civil, com relevo para o Direito da Família. Atente-se, *v.g.*, na seguinte transcrição : «Mais entendons-nous bien sur le non-droit, ce n'est pas le néant, pas même le chaos. L'hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, est peut-être même déjà occupé d'avance, par d'autres systèmes de régulation sociale, la religion, la morale, les mœurs, l'amitié, l'habitude. Mais ce n'est plus du droit» (*Essais sur les Lois*, Defrénois, 1995, p. 320). Lembre-se ainda que CARBONNIER promoveu a sociologia jurídica como achega complementar e útil para a compreensão do direito positivo : «*A un moment, le sociologue doit prendre la place du juriste pour épuiser la réalité juridique*».

9 Muito embora, no pensamento de alguns e no que concerne à Língua, ela não seja "simplesmente expressão de uma cultura, mas principalmente instrumento de comunicação entre os utilizadores". – Neste sentido, CLAUDE PARDONS, jurisconsulto, no seu estudo intitulado *Elaboração de uma Terminologia Francesa de Common Law, Bruxelas, Bruylant, 1995, p. 281.*

10 *Ibidem.*

Desde logo, será porventura irrealista admitir que entre Língua e Direito a ligação seja indefectível; muito pelo contrário, a sua dissociação é um facto – supomos que indiscutível – a um tempo linguístico e jurídico, e não faltariam exemplos se os procurássemos no curso da história.

É bem notório que, ao longo dos anos, se tem vindo a assistir a situações, em Estados federais ou resultantes de convenções internacionais, que não deixam, é certo, de levantar grandes questões, mas em que nos surge um Direito federal comum aos membros que o integram, ou um Direito convencional comum às partes signatárias, expressos em Línguas diferentes: um só Direito, Línguas várias.

Ou então, se recuarmos no tempo – e sem qualquer proselitismo –, será plausível admitir que a mensagem da Bíblia se não revela universalmente a mesma em qualquer Língua? Aquilo de que ela fala, afinal, não é hebreu, nem grego, nem espartano, nem islamita; e pode simbolizar, depois de Babel, a cena antitética da difusão das Línguas.

Aliás, hoje em dia mais do que nunca, as próprias noções de Direito nacional e de Língua nacional devem ser relativizadas porque nenhuma delas oferecerá já uma integral genuinidade, uma identidade nacional na sua pureza. Não é certo que o próprio Direito Civil de raiz continental nasceu de uma fusão lenta do Direito consuetudinário com o Direito escrito, situação que bem poderia apelidar-se – passe a expressão – de bijuridismo integrado?

Mas então, é legítimo questionar: o que resta deste parentesco, um tanto afastado afinal, entre Língua e Direito?

Esta a pergunta que nos conduz ao segundo dos referidos pólos.

1.2. Atrever-nos-íamos a afirmar que entre a Língua e o Direito de um povo, *maxime* entre Língua e Direito nativos, existe uma ordem privilegiada de relações que apela ao respeito.

As interpenetrações de que tanto se fala nesta relação resultaram de movimentos plurisseculares, quase insensíveis, pertencentes à história remota, de tal sorte que, em cada momento da sua lenta evolução, o conjunto parecia homogéneo e como que consolidado. Mas estas afirmações de modo algum representam, como adiante se verá, uma atitude de desconhecimento ou de desprezo pelo princípio legal da igualdade entre duas ou mais Línguas oficiais, que rege em determinados espaços estaduais ou regionais, porque é no plano dos factos e das mentalidades que inafastavelmente existe o tal privilégio de relação entre a Língua e o Direito.

Parece certo que entre uma Língua e um Direito *sui generis* existe, digamos assim, uma harmonia natural, causa da dose considerável de esforço que é preciso despender para transpor um Direito da Língua na qual ele nasceu para qualquer outra. Nestes casos, a harmonia deixará de ser espontânea, terá de ser construída; e o seu restabelecimento é uma 'proeza' a um tempo linguística e jurídica. O Direito saído da transposição linguística é, na sua expressão, fruto de uma actividade significativamente penosa e com muitos riscos.

1.3. De tudo isto resulta o cepticismo de muitos no que toca aos resultados da tradução jurídica. Mas esta problemática, objecto de análise em sede posterior deste texto, tem de ser abordada sem extremismos, antes com alguma flexibilidade, tanto jurídica como linguística.

Para além do mais, tudo o que se disser sobre a problemática do Direito submetido a transposição linguística deve tomar em consideração os dados que relativizam essa mesma problemática: *a função do texto em causa* (legislativo, jurisdicional, doutrinário); *a matéria específica de referência*

(Direito Penal, Direito Civil, Direito Financeiro…); *o teor conceitual, mais ou menos rico, da mensagem* (determinação de uma noção-chave); e, finalmente, *a parte do texto em questão* (nos textos compostos, onde o "tom" pode mudar de uma das partes para a outra).

Ainda assim, as questões comuns são muitas e complexas nesta importante área da transposição linguística do Direito.

III. Língua e Linguagem. A Linguagem especializada do Direito[11]

2. Meio universal de comunicação, a *Língua* serve para exprimir o pensamento humano através de palavras escolhidas, ordenadas e articuladas de um modo determinado, isto é, usando uma *linguagem*, seja no plano da oralidade, seja produzindo textos escritos das mais variadas espécies e feições.

2. 1. É, de facto, da utilização conjugada da Língua e do discurso – das palavras, das expressões e da maneira de dizer ou de escrever – que nasce a *Linguagem*[12], *corrente* ou *especializada*, *comum* ou *técnica*, consoante a matéria que, no discurso, estiver em causa.

A linguagem será, então, delineada a traços largos, um modo particular de expressão de ideias e conceitos, usando uma determinada Língua ou idioma, com todas as suas regras; ou, segundo a expressão de F. GÉNY, "a linguagem é o prolongamento praticamente necessário dos conceitos" [13].

Mas esta natural intimidade entre Língua e Linguagem leva a que, não poucas vezes, se empreguem indiferentemente, como que em equivalência, os dois vocábulos. Fala-se, assim, da *Língua geral* e das *Línguas especializadas* como fazendo parte da realidade quotidiana: um físico, um arquitecto, um biólogo, um médico ou um jurista usam, cada um deles, uma Língua que lhes é própria, exclusiva até, empregando um vocabulário, uma gíria profissional entremeada de palavras da Língua corrente, às quais conferem por vezes uma acepção singular cujo sentido escapa, total ou parcialmente, ao vulgo.

JEAN-CLAUDE GÉMAR, professor da Universidade de Montreal, em trabalho que apresentou, em 1993, num Colóquio organizado pelo 'Centro Internacional da Common Law em Francês', fala, à primeira vista em paridade, de Língua do Direito e de Linguagem do Direito. Chega mesmo a afirmar que "(…) como toda a língua de especialidade, a do direito possui um léxico, uma sintaxe,

11 Para um estudo desenvolvido acerca da índole específica da linguagem jurídica, pode contar-se com a exposição muito analítica de CASTANHEIRA NEVES, publicada na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* sob o título "O actual problema metodológico da interpretação jurídica", sobretudo os textos inseridos nos n.º s. 3865, 3866 e 3867, respeitantes a Agosto, Setembro e Outubro de 1996, em que o Autor sublinha a "correlatividade de linguagem e mundo" (p. 169), "o mundo-da-vida como o mundo da existência comungado através da linguagem", que todavia não é "um simples mundo de coisas, mas também imediatamente, um mundo de valores (…)" (p. 167).

12 Segundo a definição do linguista PATRICK CHARAUDEAU, "a linguagem é, ao mesmo tempo, língua e discurso. Não uma sem o outro, nem uma ou o outro, nem mesmo primeiro uma e depois o outro, mas uma e o outro ao mesmo tempo, distintos e integrados". – *In* relatório elaborado no âmbito do Grupo de Investigação em Linguística do Texto, do Departamento de Linguística da Universidade de Montreal, publicado pela mesma Universidade em 1992, em versão francesa, aqui traduzida literalmente.

13 *In Science et Technique en Droit Privé Positif,* Tomo III, Paris, 1921, p. 448.

um estilo distintivo (uma estilística) e, evidentemente, uma semântica"; mas de seguida questiona: "Em quê, e de que maneira, a reunião destes elementos primários chega a constituir a *língua* (léxico/vocabulário/terminologia/nomenclatura) *jurídica*, o seu *discurso* (a maneira de dizer o direito) e, por último, a *linguagem do direito*, ou seja, a mensagem de que o discurso é portador, a sua forma linguística e a sua missão particular: o próprio *texto jurídico*, oral ou escrito, sob todas as suas formas, da mais simples (…) à mais complexa?"[14].

Nesse mesmo trabalho de GÉMAR, aliás muito extenso, é curiosa e digna de nota, quiçá polémica, a terminologia e a análise que, sob epígrafes como "a linguagem do direito como língua de especialidade", "especificidade da língua especializada do direito", "aspectos lexicais do discurso jurídico", "aspectos sintácticos do texto jurídico", "aspectos estilísticos do texto jurídico" e "aspectos semânticos do texto jurídico"[15], o mesmo Autor desenvolve, em termos que só um jurilinguista estaria habilitado a comentar com propriedade.

À parte a questão da coincidência, ou não, entre Língua e Linguagem, que o próprio GÉMAR, aliás, problematiza enquanto assinala o carácter polissémico da expressão "língua do direito", contém este seu estudo algumas reflexões cujo sentido poderá ser menos contestável e das quais terá interesse transcrever alguns segmentos.

Seleccionemos e comentemos sucintamente os seguintes:

i. "Entre as numerosas línguas de especialidade – técnicas ou científicas – que entre si partilham o património linguístico comum, a do direito é considerada, com ou sem razão, uma das mais complexas".

Parece-nos que com razão!

ii. "A tecnicidade das línguas de especialidade equivale, no dizer dos especialistas da linguagem, à univocidade própria dos termos técnicos (…), mas as ciências jurídicas não são nomotéticas, porque elas não têm vocação universal[16], contrariamente ao que sucede com outras ciências, tais como a demografia, a linguística, a economia ou a sociologia (…). As ciências jurídicas constituem um mundo à parte, dominado por questões, não por factos ou por explicações causais, mas por normas. Ora a norma é movediça, instável por definição. O vocabulário jurídico atrai a instabilidade. Como a maior parte das línguas de especialidade, a língua do direito conhece a polissemia. Esta contribui para engrossar a trama do mistério que rodeia o direito e a sua linguagem, a um tempo solene e esotérica".

Cremos como certa a índole especificamente normativa da linguagem jurídica; misteriosa, nem tanto assim!

iii. "Qualquer língua de especialidade – incluindo a do direito – abunda em termos, aparentemente comuns, cujo sentido técnico é, todavia, muito preciso".

---

14 Analisando os vários modelos de interpretação jurídica, CASTANHEIRA NEVES, no seu já citado estudo, refere aquele que vê o direito "tão só como linguagem, ainda que uma linguagem 'especial' ou uma 'linguagem semi-artificial' na sua particular *force ilucocionária e na sua terminologia e conceitualização especializadas ou 'técnicas', mas sempre redutível à semântica referencialidade da linguagem comum (…)". Revista de Legislação e de Jurisprudência, n.*º 3883, p. 301.

15 Epígrafes traduzidas literalmente do texto original.

16 Particularidade esta que o afamado comparatista espanhol FELIPE DE SOLÀ CAÑIZARES, já nos anos 50 do século passado, assinalava nestes termos: "O direito tem um espírito localista, incompatível com o universalismo necessário à cultura dos homens da nossa época". Por isso propugnava que "o direito comparado é o caminho de um porvir melhor para a ciência jurídica. É ele que há-de converter a pequena cultura jurídica de hoje na grande cultura jurídica de amanhã". Em *Iniciación al Derecho Comparado,* com prefácio de René David, Barcelona, 1954, p. 142.

Optimismo se calhar um pouco exagerado!

iv. "O modo de expressão do direito, sobretudo sob a forma legislativa, constitui parte de um ciclo de comunicação que, ao contrário do que sucede com outras espécies de discurso escrito, é completo (ou fechado) e explícito"[17].

Admitamos que assim deveria ser!

Mas discutíveis poderão ser também as ideias defendidas pelo próprio GÉMAR sobre a existência de *diversas espécies de línguas jurídicas* e correlativos "estilos" (*sic*), através dos quais se exprime o Direito; como discutível será a classificação que ele faz dessas espécies, ao agrupá-las em "principais" (a da lei e do regulamento; a da jurisprudência; a da doutrina; a do negócio privado) e "secundárias" (determinadas por exclusão de partes).

2. 2. Ora, numa tentativa de entender em termos hábeis o pensamento de GÉMAR, poderá dizer-se que, quando ele se refere expressamente à *língua jurídica*, parece querer falar do conjunto de termos próprios e do discurso específico do Direito, afinal, da *linguagem jurídica*. Até porque, admitindo a existência de "diversas espécies de línguas jurídicas", pretenderá assinalar que, a nível de fontes formais – imediatas ou mediatas – do Direito, cada uma delas tem a sua linguagem própria, não apenas em função da sociedade a que se reporta, mas ainda em razão da sua própria natureza, até mesmo da matéria jurídica de que é instrumento de expressão.

Parece-nos que esta leitura do pensamento de GÉMAR nem sequer é contrariada pela circunstância de, neste seu trabalho que analisamos, focar e desenvolver aquilo que ele próprio apelida de "aspectos sintácticos do texto jurídico", o que poderia inculcar a ideia de que o texto jurídico obedece a uma sintaxe própria. Bem pelo contrário, ele afirma expressamente, noutro passo do seu escrito, que "O discurso jurídico recorre às mesmas regras de gramática que as outras formas de discurso, tanto o geral como o especializado. Uma sintaxe exclusiva do direito, cujas regras não se aplicariam senão ao direito, e só a ele, não existe. Mas o discurso jurídico apresenta, ainda assim, algumas particularidades ou marcas sintácticas que o farão reconhecer muito facilmente pelo leitor/auditor de um qualquer texto jurídico (…), sobretudo se se tratar de um texto normativo"[18].

Convimos que é, sem dúvida, necessário valorizar a circunstância de a feitura das leis – ou melhor, dos textos normativos em geral – dever obediência a cânones próprios que determinarão, parafraseando o próprio GÉMAR, um estilo muito específico.

De facto, regras há que, como verdadeiros mandamentos, circulam e devem ser acatadas, em todo o universo jurídico, no desenvolver da complexa actividade legislativa, desde a fase de criação e formulação das normas à sua interpretação e aplicação.

2. 3. Nesta conformidade, foi o reconhecimento das muitas dificuldades e a consciência crítica das – porventura crescentes – deficiências e fragilidades dos enquadramentos legais que concorreram para que, a partir de meados da década de 70 do século passado, se gerasse em alguns países europeus uma reflexão sistemática e global sobre o processo legislativo, desde o nascimento das normas à sua aplicação prática, com vista a garantir a feitura de leis mais perfeitas, e potencialmente

17 Tradução nossa do texto original, já citado.

18 Tradução nossa do texto em francês, *supra referido.*

mais eficazes nos seus comandos[19].

Mas já em meados desse mesmo século, o jurisconsulto e académico português FERNANDO EMÍDIO DA SILVA – consciente da cada vez maior complexidade das sociedades suas contemporâneas e da inevitável alteração do papel conferido ao Direito enquanto instrumento de regulação da vida social –, na sua leccionação chamava a atenção dos auditores para um conjunto de valores a respeitar em matéria de feitura das leis, exprimindo-se assim: "*A lei obedece aos cânones da arquitectura: deve ter majestade, expressão, ordenamento e harmonia*".

Muito embora sejam discutíveis, quer o cotejo quer o elenco de valores expressos na frase transcrita, deve no entanto reconhecer-se que, devidamente entendidos, focam aspectos de grande relevo na actividade legislativa: a "majestade", no sentido de grandeza que incute respeito; a "expressão", como representação formal e substancialmente rigorosa de noções, princípios e institutos; o "ordenamento", ligado a uma boa estruturação e sistematização da matéria normativa; finalmente, a "harmonia" do conjunto, em nome da indispensável coerência e unidade do sistema jurídico.

2. 4. Com semelhantes citações e comentários pretendemos situar as nossas reflexões no quadro de uma ciência jurídica actual, em que a função do jurista deixou já de ser, essencialmente, a de interpretar e aplicar o Direito legislado – tarefas para as quais, no passado, era em especial dirigida a sua formação – para, atendendo à importante função que o Direito desempenha no Estado moderno[20], se transformar no estudioso de uma ciência que se interessa também, necessariamente, pelo processo dinâmico de criação das normas e pela apreciação da sua operatividade.

Sobretudo na última década do século passado, tendo como alfobre a Europa, a comunidade jurídica global tem logrado alcançar significativos progressos nessa vertente, tanto a nível científico (realização de estudos, seminários e colóquios) como institucional (criação de Centros de Investigação e Associações de especialistas[21]), tendo sido propugnada – e concretizada há já alguns anos – a autonomização, como disciplina, da Ciência da Legislação[22].

Os estudos referentes, concretamente, à *redacção legislativa*, como actividade especializada que cuida da forma e estilo da escrita das leis e também, cada vez mais, do incremento de pa-

19 De entre os académicos que mais se têm dedicado ao estudo e aprofundamento de tão relevantes matérias, é de destacar o já citado Prof. LUZIUS MADER, cuja tese de doutoramento, na Universidade de Genève, se subordinou ao tema "*The Evaluation of Legislation: Contribution to the Development of the Science of Legislation".*
Desde então, o mesmo académico e Vice-Presidente do Departamento Federal de Justiça de Berna tem publicado muitos trabalhos sobre temas ligados ao fenómeno legislativo, do qual faz uma análise global, propondo modelos de racionalização/simplificação legislativa, desde a génese dos actos legislativos à implementação das leis.
Uma das suas mais recentes obras (em colaboração com a Dra. MARTA TAVARES DE ALMEIDA, da Universidade Nova de Lisboa) data do início de 2011 e foi publicada pela editora *Nomos,* sob o título *Quality of Legislation – Principles and Instruments,* trabalho justamente considerado importante contributo para o incremento do interesse pela investigação e ensino na área da Ciência da Legislação.

20 Para uma caracterização da "modernidade jurídica", acompanhem-se as reflexões desenvolvidas por CASTANHEIRA NEVES em palestra proferida na Faculdade de Direito de Coimbra, sob o título "Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito", publicada na *Revista de Legislação e de Jurisprudência* a partir do n.º 3883, 1998, pp. 290 e ss.

21 De que é exemplo paradigmático a Associação Internacional de Legislação, presidida pelo citado Prof. LUZIUS MADER desde 2006.

22 Cfr. editorial da revista *Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação,* Instituto Nacional de Administração, n.º 1, Lisboa, Abril/Junho de 1991.

drões e práticas comuns às várias espécies de textos legais[23], bem demonstram a ligação umbilical do Direito à Língua em que é formulado e definido, respeitando as correspondentes regras gramaticais, mas usando, inevitavelmente, a par do vocabulário corrente dessa Língua, uma terminologia e uma fraseologia próprias, especializadas, para definir conceitos, para delimitar e regulamentar institutos, para formular comandos[24].

Poderá, em suma, dizer-se que a *linguagem especializada do Direito* se desenvolve necessariamente no seio de uma Língua, o que a obriga a respeitar as normas e a evolução dessa mesma Língua[25], mas, nesses exactos limites, tal como sucede em outros domínios científicos, fazendo daquelas normas uma aplicação caracterizadora.

IV. Da formulação do Direito à transposição linguística

3. Da acepção abrangente proposta de início na referência ao binómio Língua/Direito, passe agora a tomar-se para o vocábulo *Direito* um sentido mais restrito, aliás já aqui utilizado como base de reflexão: o Direito como agregado normativo, isto é, como conjunto de normas reguladoras da vida numa dada sociedade, em determinado momento, plasmadas em textos vinculativos[26].

3. 1. Tomando este sentido, há quem propugne que "a relação fundamental entre o direito e a língua é uma relação ambígua que deve ser considerada em dois 'momentos' distintos da vida do direito, o do seu nascimento e o da sua vigência"[27].

Ora esta afirmação, se quanto ao tipo de relação que refere poderá ser discutível, tem pelo menos a virtude de autonomizar, destacando-o, um pólo de importância basilar na problemática que aqui visa dissecar-se: a própria *formulação do Direito*, o tal "momento", a que melhor se chamará *fase* ou *etapa*[28], da definição da norma jurídica, quando passa do reino das ideias para o plano da expressão. Porque tal formulação, tal concretização mediante o uso de uma linguagem, ela própria de índole especificamente normativa e caracterizada por um certo grau de formalismo – linguagem essa que dará vida à norma e a transportará de um mundo 'virtual' para o mundo 'real' –, é sempre, necessariamente, precedida da elaboração teórica da noção ou noções jurídicas em causa.

E se esse primeiro e complexo "momento" da vida do Direito – que abrange a *redacção le-*

23 Incremento de que pode apontar-se como exemplo o Reino Unido, em que a redacção legislativa foi centralizada em "Government Bills", através do "Office of Parliamentary Counsel".

24 Sem esquecer, todavia, um aspecto pertinentemente salientado por JACQUES PICOTTE na Introdução ao Tomo I do seu já citado *Juridictionnaire* (1991): "A linguagem do Direito é, como toda a linguagem de especialidade, o reflexo de uma sociedade em constante evolução" (tradução nossa).

25 GÉRARD CORNU, no prefácio do seu *Vocabulaire Juridique, 2*.ª edição, Paris, 1990, qualifica a relação entre um vocabulário jurídico e a Língua da sua expressão como um "raccordement nourricier", ou seja, em tradução literal, um *ajustamento alimentador.*

26 O que não implica a negação de que também relativamente a outras fontes do direito se revela a problemática, em parte idêntica, que aqui pretendemos abordar.

27 JACQUES VANDERLINDEN, conselheiro científico do CICLEF, no Colóquio Internacional do 'Centro Internacional da Common Law em Francês', Bruxelas, 1995.

28 Aliás, o próprio Autor citado no texto coloca entre aspas a palavra "momentos", decerto para afastar a ideia de fugacidade.

gislativa, com todas as suas regras e dificuldades[29] – levanta inúmeras e importantíssimas questões em contextos sociais nos quais se pratica uma única Língua oficial, que dizer dos enquadramentos em que, por circunstâncias várias, um mesmo Direito tem de tomar expressão em duas ou mais Línguas? As questões multiplicam-se e assumem novos matizes, ao mesmo tempo que engrandecem no seu interesse e complexidade.

E então, fazendo apelo a reflexões já aqui desenvolvidas, pode dizer-se que, se o unilinguismo de certos sistemas jurídicos não propicia um entendimento directo e integral da tão falada ligação entre Língua e Direito, opostamente, os sistemas multilingues que o mundo de hoje coloca perante nós, ainda que inseridos numa mesma estrutura estadual (casos da Bélgica, do Canadá ou da Suíça), ou supra-estadual (casos da União Europeia e das organizações internacionais), requerem dos juristas, a mais ou menos longo prazo, uma avaliação ponderada de quanto o Direito é tributário, não só na sua formulação como no seu desenvolvimento, da Língua na qual originariamente se exprime e se revela.

3. 2. Aqui chegados, aí está a questão magna, meta última deste trabalho: a abordagem crítica dos métodos e técnicas que, no corredor do tempo, têm vindo a ser utilizados e aperfeiçoados em função dos riscos e dificuldades do enredado processo tendente a verter, em Língua diferente daquela em que nasceu, o Direito que vigora, ou irá vigorar, em determinado espaço.

Já foi ligeiramente aflorada em sede anterior deste trabalho a existência de algumas sensibilidades menos optimistas, que se sentem feridas em situações deste cariz, algumas delas de verdadeiro cepticismo no que tange aos resultados da tradução jurídica e à fiabilidade do Direito dela saído.

As razões invocadas como justificativas dessa atitude extremista, que leva alguns a afirmar que "traduzir" o Direito é sinónimo de "trair" o Direito"[30], não são própria e exclusivamente de ordem linguística[31], antes se reconduzem à verificação da *quase impossibilidade de*, nesse processo de pura tradução de uma Língua para outra, *assegurar a identidade e a qualidade da mensagem legislativa*, e portanto a sua força.

De onde, fixar a moldura exacta da verdade jurídica nas diversas versões linguísticas da mesma norma é quase, em rigor, um esforço de criação do Direito, ultrapassa até a simples tradução, porque conseguir a *equivalência linguística* não significa, necessariamente e *ipso facto*, alcançar a *equivalência jurídica*; e a obtenção desta só se atinge, em muitas situações, mediante uma solução de compromisso entre esses dois valores, que podem não ser coincidentes, mas que são ambos de respeitar[32].

29 Dificuldades já aqui salientadas e em relação às quais GÉRARD CORNU, em trabalho também já citado, se refere nestes termos: "Mesmo num sistema essencialmente homogéneo, a arte de legislar é intimidante".

30 Neste sentido, J. VANDERLINDEN, no local e data citados.

31 Sem embargo de o argumento da especificidade das Línguas e das culturas ser oposto pelos linguistas à possibilidade de tradução do Direito.

32 Refira-se, a propósito, que semelhante problemática remonta, afinal, a uma época em que, não existindo tradutores habilitados nem jurilinguistas, o Latim funcionava, na Europa, como Língua juscientífica e ninguém se atreveria a pôr em causa a dialéctica perfeita entre ele, Latim, e as Línguas vernáculas. Todavia, apesar disso, quem nos garante que, onde quer que fosse, ele veiculava as mesmas ideias, que transmitia sempre a mesma mensagem, independentemente do contexto de aplicação do Direito que expressava?

A este propósito, sublinha LOUIS-PHILIPPE PIGEON[33] que "por um lado, ela (a equivalência) deve evitar corromper a língua pelo decalque servil que não respeite o seu génio e a sua estrutura mas, por outro lado, é preciso não trair o sentido da mensagem pela imperfeição inerente a este género de equivalência".

Mas então esse *grau de equivalência* a que PIGEON chama *funcional* e que, apesar de muito difícil, diz ser preciso atingir na tradução do Direito, não passará, afinal, de um mito? E um mito específico do universo jurídico?

Muitos exemplos, *v.g*., os grandes instrumentos jurídicos internacionais, poderiam ser apontados para demonstrar o contrário.

Senão, vejamos.

Qualquer que seja a natureza do texto a traduzir, o *princípio da equivalência funcional* revela-se o mesmo na sua finalidade: fazer passar uma mensagem independentemente da forma, de um texto para outro, de modo a ser compreendida pelos seus destinatários. O sentido é que, no fundo, conta, ou melhor, o resultado, já que não se traduz para compreender, mas para se fazer compreender.

Do mesmo passo, os obstáculos linguísticos (lexicais, sintácticos, estilísticos) são mais ou menos os mesmos qualquer que seja o tipo de texto a traduzir, muito embora as dificuldades variem de Língua para Língua, particularmente entre Línguas de culturas mais afastadas[34].

Partindo destes postulados – que, no geral, se aplicam também à tradução jurídica –, importa surpreender as particularidades que existem no domínio específico do Direito em que, segundo alguns, "a dificuldade é elevada ao dobro"[35]. E aí há que reconhecer que, sob vários aspectos, a tradução jurídica, por virtude do carácter específico do Direito – que filósofos e comparatistas se preocupam em evidenciar[36] –, derroga, pelo menos em parte, as regras e os princípios usualmente seguidos na actividade de traduzir.

Para essas duas categorias de intelectuais, partindo da invocação do 'estatuto' particular da norma jurídica, os principais argumentos avançados para justificar a singularidade da tradução do Direito residem, no essencial, na falta de correspondência dos conceitos e noções entre os sistemas jurídicos, na especificidade das Línguas e das culturas que exprimem tradições sociais muito distintas e porventura afastadas umas das outras, e ainda nos efeitos jurídicos da equivalência, funcional ou de outra ordem.

De facto, na tradução do Direito trata-se, no fundo, de passar de um sistema para outro não apenas *na letra*, mas também *no espírito*, com tudo o que isso comporta de riscos e de mudanças.

Mais: poderá mesmo dizer-se que traduzir uma norma jurídica se reconduz a transpor noções, a procurar correspondências entre dois sistemas, ou antes, a determinar noções equivalentes,

---

33 Jurisconsulto, natural do Québec, professor de Direito na Universidade de Laval, que foi juiz do Tribunal Supremo do Canadá, desaparecido em 1986.

34 Como acontece, precisamente, entre o Português (ou outra qualquer Língua europeia) e o Chinês, o Japonês ou o Árabe, a que acresce a dificuldade resultante da diversidade dos sistemas de escrita.

35 É J-C. GÉMAR que o diz. Ob. cit., p. 148.

36 Por exemplo, H. KELSEN, muito embora reportando-se apenas ao Alemão e ao Francês, resume assim a problemática em análise: "La Langue juridique française et la Langue juridique allemande, et les notions juridiques qu'elles servent à formuler, sont loin de toujours concorder; il s'ensuit qu'une traduction fidèle en esprit d'une Langue dans l'autre est extrêmement difficile». Em *Théorie Pure du Droit*, Paris, Dalloz, 1962.

não caso a caso, mas num plano genérico. No fundo, a tradução leva a um reencontro com a teoria das qualificações, bem conhecida – pelo menos na sua problemática –, dos internacionalistas.

3. 3. Mas então ocorre perguntar: será imaginável, neste novo século, que os conflitos de conceitos nacionais possam encontrar solução na elaboração de qualificações (de conceitos) internacionalmente válidas?

O necessariamente lento e minucioso trabalho de tradução não será um primeiro passo nesse caminho?

Semelhante conjunto de reflexões e operações inevitavelmente coloca ao tradutor problemas imensos, de cariz muito peculiar, para cuja resolução terá de enfrentar, não poucas vezes, dilemas angustiantes.

Por isso que, como já aqui ficou salientado, é preciso ser razoável, admitir uma certa flexibilidade e tolerar uma pequena margem de imprecisão, *desde que salvaguardado o essencial.*

E por isso, também, a tradução de textos jurídicos – *maxime* legislativos – exige do tradutor a captação correcta do sentido das normas, mediante a sua interpretação; não uma interpretação superficial ou externa, mas uma interpretação global, exegética, com todas as dificuldades inerentes.

A missão do tradutor requer, assim, o concurso da lógica e do rigor da linguística, mas também da interpretação; ou, como sugestivamente se exprime CLAUDE PARDONS, o tradutor deve saber "casar com felicidade o brocardo *dura lex, sed lex* com um outro que poderia enunciar-se *dura lingua, sed lingua*"[37].

Não admira, pois, que a nível europeu e transatlântico, tanto se fale da indispensabilidade dos jurilinguistas[38], ao mesmo tempo que se chama a atenção para a necessidade da elaboração de um *Direito da Tradução Jurídica* (à imagem do que já foi concebido para a interpretação do Direito) e se insista, mesmo, na urgência de um regime jurídico que defina com precisão o estatuto do tradutor[39].

4. Ora todos estes desenvolvimentos em torno da transposição linguística do Direito, seguindo o método tradicional que consiste em partir de uma versão originária, sofrem inevitáveis evoluções se nos situarmos em espaços estaduais[40] caracterizados pela coabitação de duas ou mais

37 Ob. cit., p. 284.

38 Cuja formação específica deve merecer toda a atenção das instituições académicas, até mesmo a nível de Cursos de Pós-Graduação e de Mestrado, como tem vindo a ser equacionado pelo Governo de RAEM, em colaboração com a União Europeia: objectivo que, sendo concretizado, representará mais do que uma significativa *evolução, senão mesmo uma verdadeira revolução nesta matéria.*

39 Para um estudo estimulante e original desta questão, cfr. CERTOMÀ, em "Problems of Juridical Translation in Legal Science", *Law and Australian Legal Thinking in the 1980's*, Sydney, University of Sydney, 1986.

40 Ou, para este efeito, *espaços equivalentes,* como é o caso da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, no uso do seu "alto grau de autonomia", que lhe foi conferido pela RPC e está consagrado na respectiva Lei Básica.

Línguas, todas elas com estatuto de oficiais, a par da vigência de um único sistema jurídico[41] [42].

4. 1. Esse circunstancialismo determina a obrigatoriedade de verter toda a legislação vigente em cada uma das Línguas oficiais, gozando tais versões de igual força legal, o que pode agudizar algumas das questões já aqui equacionadas[43]. E tem mesmo vindo a provocar, de há décadas a esta parte, com maior expressão nos países francófonos multilingues, um fenómeno de procura de métodos alternativos ao da transposição jurídico-linguística, ainda que porventura menos ortodoxos, mas que ofereçam riscos menores.

Alguns sucessos têm sido proclamados nessa procura.

4. 2. "O método tradicional, pela via da *redacção-tradução*, comporta inconvenientes inevitáveis", de entre os quais "os de maior grau residem na desigualdade de facto das versões, não obstante a igualdade de direito" – assinala PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU[44] para daí extrair consequências: "a predominância do redactor sobre o tradutor na elaboração do texto legislativo e também um estatuto de inferioridade da versão traduzida relativamente à versão dita original".

Para além de – adverte ainda CRÉPEAU – poder suceder que "a dissociação no tempo entre a redacção e a tradução impeça muitas vezes o tradutor de conhecer o contexto no qual a norma foi redigida, podendo comprometer gravemente a identidade da mensagem", contingência esta que exemplifica, e considera essencial prevenir, em matérias de especial delicadeza, como no âmbito dos direitos fundamentais[45].

Embora relativizando estas reflexões, designadamente admitindo que as soluções a encontrar dependem de vários factores e diferem de país para país, ou de espaço para espaço, consoante os meios disponíveis e as condições particulares de cada um, o mesmo Autor propõe e debruça-se sobre outras formas pensáveis, e de algum modo já utilizadas, de obter versões linguísticas diferentes sem trair a mensagem ínsita nos textos legais.

---

41 Para conhecimento do quadro legal do bilinguismo oficial em Macau e respectivo alcance, veja-se o esclarecedor trabalho, ainda com alguma actualidade, de NUNO CALADO, na revista *Perspectivas do Direito,* vol. III, Número 3, relativa a Dezembro de 1997, de pp. 45 a 55.

42 *Uma breve nota,* que não seria tão pertinente em sede anterior deste trabalho, para justificar o uso, em algumas sedes do mesmo, da expressão "transposição linguística".
Segundo os dicionários, ao verbo *transpor* são atribuídos vários sentidos, mas há um que aqui interessa particularmente: o de conseguir uma mudança de forma (ou de conteúdo), mediante uma passagem por um outro domínio.
É o que, quanto à *mudança de forma,* julgamos suceder na usualmente designada *tradução jurídica,* sobretudo quando incidente no domínio da legislação. Neste particular, como cremos ter vindo a demonstrar, a transformação do texto legal em versão linguística diferente da originária destina-se a torná-la acessível a um outro universo de destinatários, *mas ficando ambas as versões a ter força legal equiparada.*
Assim, a expressão *transposição linguística* talvez exprima mais claramente o conjunto de operações, complexas e responsabilizadoras, de natureza não apenas linguística, que é necessário levar a cabo para obter resultados credíveis na tradução das leis.

43 Por exemplo, pela eventualidade de discrepâncias, no sentido e alcance dos comandos legais, entre as várias versões linguísticas.

44 Jurisconsulto de renome internacional, doutorado em Paris em 1955, professor jubilado de Direito Comparado e de Direito Comercial Internacional da Universidade McGuill, de Montreal, desaparecido em Julho de 2011.

45 Na monografia *A Transposição Linguística*, Bruxelas, Bruylant, 1995, pp. 54-56.

E, assim, desenvolve "as diversas soluções numa ordem de progressão, desde a *tradução* (método tradicional) até à solução ideal da *co-redacção simultânea*, passando pela *co-redacção consecutiva* e *pela redacção bilingue*"[46].

4. 3. 1. Uma breve síntese da caracterização de cada um destes métodos poderá ajudar a uma melhor compreensão do pensamento de CRÉPEAU, que dedicou a sua vida à investigação neste campo, em enquadramentos onde o tema em análise assume particular relevância[47].

Referindo-se à *co-redacção*, que diz ser o método utilizado pela Chancelaria Federal Suíça para as leis e regulamentos particularmente importantes, esclarece tratar-se de "uma redacção-tradução revista por uma comissão de redacção composta por linguistas e por juristas". E continua: "as etapas são as seguintes: primeiro, o regime tradicional – redacção monolingue pelos serviços da Chancelaria na língua do projecto e tradução pelo serviço de redacção de cinco membros, dos quais dois são linguistas (não juristas), dois juristas e um funcionário federal. Cada um dos juristas prepara um projecto que será discutido entre eles no seio da Comissão".

4.3.2. Quanto à *redacção bilingue*, método utilizado na Suíça a quando da revisão da Constituição cantonal de Berna, trata-se de uma *redacção-versão* submetida à Comissão de revisão, que criou um secretariado bilingue, composto por dois juristas e por dois tradutores. As etapas são as seguintes: primeiro, as discussões com base em redacções, não paralelas mas consecutivas; depois, troca de versões das propostas, que são em seguida submetidas à Comissão; por fim, a adopção formal do texto alemão, após o que se procede à redacção de uma versão francesa pelo jurista francófono *que assistiu* aos trabalhos, sem que neles tenha havido, portanto, discussão entre os co-redactores".

4. 3. 3. Por seu turno, a *redacção paralela* pressupõe a elaboração, em paralelo, de um projecto pelos membros de um grupo de trabalho. As modalidades de funcionamento (…) variam de país para país".

A. Assim: *na Confederação Suíça*, no que concerne às leis federais, procede-se à "elaboração em paralelo de um projecto confiado a um grupo de trabalho integrado por dois juristas – um germanófono e outro francófono[48] –, a seguir submetido a uma Comissão parlamentar e depois encaminhado para o Grande Conselho. Os dois juristas, agindo como co-redactores do projecto, têm, assim, a oportunidade de, em conjunto, traçar um plano, decidir sobre o conteúdo em questão, redigir o projecto – um em alemão e outro em francês – e trocar os seus textos para fins de controlo. As duas versões do projecto são, deste modo, concebidas simultaneamente, mas separadamente vertidas

46 *Ibidem,* p. 55.

47 Investigação desenvolvida por CRÉPEAU como director do Centro de Investigação em Direito Privado e Comparado do Québec.

48 A co-redacção só é praticada para as versões alemã e francesa de diplomas legais; a versão italiana é redigida segundo o método tradicional, não obstante serem oficiais as três Línguas.

em duas línguas diferentes"[49].

B. *No Québec*, numa primeira fase da sua história, "os textos eram preparados em língua francesa pelo Comité francófono e transmitidos ao Comité anglófono que tinha por missão apresentar uma versão inglesa dos textos". Mas em 1991 o Centro de Investigação em Direito Privado e Comparado adoptou, "para o seu projecto de *Dicionário de Direito Privado* nas línguas francesa e inglesa, o regime da redacção paralela, com vista a uma terceira edição (…) Foi, portanto, decidido tentar a experiência da fusão dos dois Comités para examinar e apresentar, simultaneamente nas duas línguas, o projecto de definição dos termos ou vocábulos considerados. E, assim, os trabalhos de redacção passaram a desenvolver-se no seio de um único Comité que opera em língua francesa ou em língua inglesa, consoante a língua materna de cada um, ou em função da matéria em discussão. A experiência tem-se revelado muito frutuosa (…) porque o Comité examina ao mesmo tempo o fundo e a forma das duas versões, com vista à adopção de uma versão bilingue definitiva"[50].

C. No que concerne à legislação federal do *Canadá*[51], desde 1978 que se passou de um regime de tradução para o da co-redacção. "Mas, em rigor, trata-se de uma redacção paralela[52] dos projectos de leis por uma equipa de dois legistas – um anglófono, normalmente jurista de *common law*, e um francófono, normalmente de *civil law* –, com vista a produzir, segundo directivas ministeriais, no geral bilingues a nível federal, *duas versões originais e autênticas*. Isto significa que se está consciente da natureza particular da legislação federal canadiana, que se destina a diferentes clientelas linguísticas"[53].

4. 3. 4. Em jeito de síntese, poderá dizer-se, como na opinião abalizada de CRÉPEAU, que "a solução da co-redacção é a única que em rigor respeita, de direito e de facto, o princípio da igualdade das versões linguísticas das leis, enquanto permite, por um lado, às comunidades jurídicas e linguísticas participar na elaboração das leis, sobretudo nas fases preliminares da concepção e da elaboração dos projectos e, por outro lado, porque propicia um clima de compreensão entre os grupos linguísticos por forma a suscitar influências recíprocas, de fundo e de forma, na redacção dos projectos legislativos. É, seguramente, a melhor forma de assegurar a identidade e a qualidade da mensagem legislativa. É seguramente, também, a via do futuro seja à escala local, seja à escala universal"[54].

---

49 Sobre a redacção legislativa multilingue na Suíça, refira-se, de novo, o importante contributo trazido a Macau pelo Prof. LUZIUS MADER, da Universidade de Berna, em comunicações feitas no já referido Workshop sobre "Experiências Legislativas de Ordens Jurídicas Bilingues e Multilingues e Gestão da Legislação", organizado pelo Centro de Formação Jurídica e Judiciária da RAEM e pela então Direcção de Serviços da Reforma Jurídica e do Direito Internacional, de 14 a 17 de Novembro de 2011.

50 Cfr., *supra,* nota 42.

51 País no qual um outro perito na matéria, ROBERT BERGERON, advogado e colaborador na Secção de Legislação do respectivo Ministério da Justiça, se refere nestes termos: "Parece que, a este respeito, o Canadá não foi apenas um pioneiro, mas continua um exemplo, senão mesmo um modelo, no domínio da co-redacção, como ainda faz escola em matéria de centralização da redacção legislativa". *In* comunicação apresentada no X Colóquio Internacional do 'Centro Internacional da Common Law em Francês', já citado.

52 Por curiosidade, diga-se que o qualificativo "paralela" tem sido, actualmente, muito criticado no Canadá, e até rejeitado, para designar as versões obtidas mediante a utilização deste método, por poder inculcar – diz-se – que as duas versões nunca se encontrarão, nunca atingirão a pretendida convergência, tal como sucede, no domínio da geometria, com as linhas paralelas….

53 Loc. cit., pp. 54-60.

54 Ob. cit., p. 61 (tradução nossa do texto em Francês).

4. 3. 5. Alguns comentários nos merece esta posição assumida por CRÉPEAU, e sua fundamentação. Não porque dela discordemos na sua globalidade, mas porque a prática do método que ele considera ideal pode oferecer, em certos enquadramentos, dificuldades irremovíveis.

Para já, parece-nos que uma das razões de quem propugna como preferível, *sempre*, o método da co-redacção, reside no simples reconhecimento das insuficiências que o método tradicional pode oferecer, e que assim seriam ultrapassadas. Mas – ocorre perguntar – sem quaisquer custos?

Certamente que ninguém porá em causa as dificuldades e os inerentes riscos que a transposição jurídico-linguística, ou tradução jurídica, pode representar, alguns deles de elevado grau e nada fáceis de remover; mas julgamos que nem sempre serão totalmente insuperáveis.

À partida, nada impede que um texto concebido em conformidade com um dado sistema jurídico, usando uma determinada Língua, seja também redigido no estilo próprio de uma outra Língua, *desde que respeitada, na íntegra, a mensagem que pretende transmitir.* Já ficou dito.

A nível europeu, a história permite-nos apontar, como exemplo que julgamos convincente, o Código Civil suíço que, apesar de fortemente inspirado no seu homólogo alemão e não obstante a diferença acentuada das mentalidades romanística e germanística, foi redigido no estilo próprio da Língua Francesa, sem que por isso alguém se atreva a pôr em dúvida a fidelidade da mensagem ínsita nos seus preceitos.

Só que, como antes referimos, as dificuldades aumentam se estiverem em causa Línguas de culturas muito afastadas entre si, por vezes polarmente opostas, a par de direitos pertencentes a famílias também diferentes.

Impõe-se, então, recordar tudo o que ficou dito acerca dos cuidados a ter na tradução do discurso legal, *não esquecendo que o direito positivado em textos escritos procura essencialmente exprimir conceitos, que ele é mensagem antes de ser discurso, que a transposição linguística, para ser fiável, deve respeitar essa mensagem*[55].

Nesses casos mais complicados, parece-nos de admitir, com CRÉPEAU e os seus seguidores, que o método mais recente da co-redacção legislativa ajudará seguramente a ultrapassar algumas das dificuldades. Sem dúvida.

Mas, a par disso, existem factores reais, de várias ordens, que podem inviabilizar a utilização desse método: a falta de meios humanos é um deles, e muitas vezes sem remédio; para lá de que, nos casos em que se impõe transpor o mesmo texto para várias Línguas – *v.g.*, se se tratar de convenções ou tratados multilaterais – se torna praticamente impossível articular, com proveito, as prestações dos vários co-operadores[56].

E lá teremos de voltar ao método tradicional, tendo, porém, em conta, sobretudo nas situa-

55 Sobre o caso particular de Macau, vem a propósito relevar o esclarecido entendimento de NUNO CALADO (loc. cit., pp. 53-54), segundo o qual "(…) para que no sistema jurídico de Macau vigore efectivamente um sistema de bilinguismo perfeito tem de ser assegurado um processo legislativo bilingue, é indispensável que o próprio processo de formação, declaração, aprovação e publicação de qualquer acto normativo seja integralmente bilingue". E continua: "a adopção de um processo legislativo bilingue, nomeadamente através da redacção nas duas línguas oficiais de todos os projectos e propostas, a submissão destes ao competente órgão consultivo ou deliberativo e publicação bilingue dos actos normativos são passos indispensáveis para que, na actividade legislativa, exista efectivamente um bilinguismo perfeito".

56 Segundo os mais renitentes em admitir as vantagens de métodos modernos no processo de obtenção de duas ou mais versões linguísticas do mesmo Direito, "(…) pode tornar-se, na prática, muito difícil distinguir a co-redacção legislativa de uma tradução disfarçada". Neste sentido, ROBERT BERGERON, ob. cit., p. 45.

ções de maior complexidade, que se torna fundamental que os tradutores dominem perfeitamente as Línguas em causa e conheçam bem os sistemas jurídicos em questão.

O mesmo é dizer o que se torna intuitivo depois de tudo o que ficou dito: só juristas, e juristas bilingues (ou multilingues, consoante os casos) poderão assegurar traduções formal e substancialmente credíveis; apenas quem tenha formação específica poderá enfrentar todo aquele conjunto de operações, complexas e arriscadas, tendentes a optimizar os resultados pretendidos.

E, mesmo assim, a *formação jurídica generalista* do tradutor plurilingue pode, em muitos casos, revelar-se insuficiente. E então, só uma formação complementar, dirigida a municiá-lo de conhecimentos sobre sistemas de Direito diferentes – precisamente para lhe permitir uma familiarização com conceitos, terminologia e estilos diversos – lhe propiciará bases sólidas para o cabal desempenho da sua complexa missão.

Semelhantes razões levaram algumas universidades francesas a oferecer, ainda que de forma transversal, essa possibilidade, através de programas Erasmus na Europa e também mediante o ensino da terminologia jurídica dos países com os quais se trocam experiências.

A *formação comparatista* do jurista tradutor pode revelar-se muito útil, e mesmo indispensável, na medida em que a operação de transposição linguística do Direito é, para além do mais, uma questão que ao Direito Comparado interessa sobremaneira.

De todo o modo, neste domínio como em qualquer outro, é inevitável que modelos mais perfeitos e menos perfeitos, que bons e maus exemplos, coabitem no mundo real. Cabe aos especialistas separar o trigo do joio e dar o seu contributo à comunidade jurídica globalizada.

5. Por último, uma outra vertente se impõe ressaltar, no nosso entender de papel decisivo e não menor, na avaliação dos resultados da transposição linguística do Direito legislado: a do momento, necessariamente posterior, da aplicação, aos casos da vida, das normas traduzidas.

Situemo-nos, em especial, nos enquadramentos em que um só Direito deve ser acessível a duas ou mais 'clientelas', para o que tem de ser vertido nas respectivas Línguas, todas elas decretadas como oficiais[57].

Deixando agora de lado as questões relacionadas com a real, quiçá ilusória, igualdade *de facto* das Línguas oficiais num dado espaço – mas partindo de que o princípio da igualdade está legalmente fixado, o que permite assentar em que as duas ou mais versões do acto legislativo fazem igualmente fé, têm idêntica força legal –, *há que considerar ainda o conjunto de riscos que o funcionamento efectivo das normas traduzidas inevitavelmente comporta.*

A tendência será para prevenir, quanto ao aplicador do Direito saído da transposição linguística, questões idênticas às que foram abordadas relativamente aos tradutores.

De nada aproveitará a uma dada sociedade que as comunidades falantes de Línguas diferentes que a compõem possam contar com o Direito nela vigente impecavelmente vertido nas respectivas Línguas, se os correspondentes operadores, os práticos, não tiverem uma adequada formação profissional, especificamente dirigida às várias carreiras jurídicas, que inclua um proveitoso tirocínio. De outro modo, corre-se o risco de serem eles a distorcer a mensagem legislativa, por vezes – para

57 Tendo sempre em mente que *legiferar,* para além de um acto de vontade, é também um acto de comunicação que se exprime por palavras portadoras de sentido, que evocam uma ideia ou um conceito e que, portanto, descrevem uma realidade, concreta ou abstracta, ou que consagram direitos e impõem deveres. Daí a necessidade de assegurar a identidade da mensagem legislativa, nos termos já aqui descritos, sempre que haja transposição linguística.

não dizer sempre – com nefastas e irreversíveis consequências.

Tal como, *mutatis mutandis*, na chamada 'linguagem universal', a Música, em cujo domínio pode suceder que a pretendida mensagem ínsita numa obra genial, na prática seja traída por uma interpretação medíocre, de nada serve um Direito ser *bom*, ou uma sua tradução ser *fiável*, se um e outra forem desvirtuados pelos intérpretes/aplicadores dos normativos em causa.

6. Conclua-se, em breve síntese, que no Mundo Global em que vivemos – caracterizado por uma considerável diversificação social, política e jurídica, mas em que tanto se apela à mundialização efectiva, com dificuldades de toda a ordem, em que ao Direito vão sendo cometidas missões cada vez mais responsabilizadoras –, se torna muito difícil apontar como universalmente ideal qualquer dos referidos modelos de redacção multilingue do Direito, na sua pureza. Porém, sem embargo de se reconhecer que alguns deles, teoricamente muito sedutores, na prática apenas têm contribuído para fazer sentir a alguns quanto outros são privilegiados pelo simples facto de poderem pagar-se o 'luxo' de semelhantes técnicas legislativas.

As condições reais, particulares de cada espaço, podem ser determinantes da eventual adaptação de um dos métodos possíveis, ou mesmo da conjugação de alguns deles, chegando-se à criação de *modelos híbridos* que melhor propiciem os resultados pretendidos: *o rigor*, *a fiabilidade e a operatividade de todas as versões linguísticas* da legislação vigente.

Mas nesse percurso, à *tradução*, a esse "velho" método por muitos considerado – a nosso ver erradamente – prática menor situada na periferia do Direito, deverá, pelo menos, passar a re-conhecer-se, no imenso oceano jurídico, a dignidade de porto seguro onde poderão abrigar-se os sistemas de Direito quando falharem, por esta ou aquela razão, outros métodos mais recentes.

Bastará que, na sua bifronte missão de transformação formal do texto normativo, a par da manutenção da identidade da respectiva mensagem, *a tradução*, adaptada à modernidade jurídica, funcione efectivamente como filtro selector, jamais como espelho deformador.

Missão esta muito complexa, mas em cuja viabilidade poderemos confiar se se investir em programas de específica formação profissional na "arte" da tradução, criteriosamente delineados e liderados por equipas multidisciplinares que abranjam todas as áreas de conhecimento implicadas na preparação de tradutores competentes.

Região Administrativa Especial de Macau, Junho de 2016.

JURISPRUDÊNCIA

REVISÃO E CONFIRMAÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA POR TRIBUNAL DO EXTERIOR DE MACAU.

Comentário ao Acórdão do TUI da RAEM, de 6 de Maio de 2015 – Processo nº 03/2015

JOÃO ANTÓNIO VALENTE TORRÃO [1]

Sumário:

I. Questões jurídicas suscitadas e tratadas no acórdão

II. Apreciação de algumas das questões conhecidas no acórdão:

a) Sistemas de reconhecimento de sentenças de outros ordenamentos jurídicos.

b) Regime jurídico da revisão de decisões proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau.

c) O caso concreto:

- a sentença revidenda constitui caso julgado material?

- sendo a requerida pessoa colectiva, pode beneficiar do disposto no artº 1202º, nº 2 do CPC.?

TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DE MACAU

Processo n.º 3/2015.

Recurso jurisdicional em matéria cível.

Recorrente: A.

Recorridas: B, C e D.

Assunto: Revisão e confirmação da sentença do exterior. Impugnação. Privilégio dos residentes de Macau. Pessoas colectivas. Sede principal e efectiva da administração das pessoas colectivas. Ónus de alegação e prova. Artigo 1202.º, n.º 2, do Código de Processo Civil**.**

Data do Acórdão: 6 de Maio de 2015.

1 Juiz Conselheiro (Jubilado) do STA de Portugal.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator), Song Man Lei e Sam Hou Fai.

SUMÁRIO:

I - As pessoas colectivas, cuja sede principal e efectiva da sua administração seja em Macau, beneficiam do privilégio concedido pelo artigo 1202.º, n.º 2, do Código de Processo Civil.

II – Cabe à pessoa colectiva requerida na acção de revisão e confirmação de sentença do exterior, que impugna a acção com fundamento no disposto no artigo 1202.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, o ónus da alegação e prova de que a sede principal e efectiva da sua administração é em Macau.

ACORDAM NO TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA DA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU:

I – Relatório e factos provados

B, C e D requereram contra A**,** a revisão e confirmação da sentença proferida pelo *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, em 10 de Abril de 2009, na parte em que confirmou a sentença proferida pelo *District Court of District of Nevada*, em 16 de Agosto de 2007. Nesta parte, esta última sentença julgou prescritas as pretensões da requerida, posteriores a 15 de Janeiro de 2002.

A mencionada acção, que correu termos no *District Court of District of Nevada*, foi proposta pela requerida A contra as requerentes B, C e D e outros**,** e nela se pedia uma indemnização compensatória e punitiva.

A sentença revidenda transitou em julgado em 6 de Maio de 2009.

O Tribunal de Segunda Instância (TSI), por Acórdão de 19 de Junho de 2014, julgou a acção procedente, tendo revisto e confirmado a sentença do Tribunal Superior norte-americano.

Recorre a requerida A, para este Tribunal de Última Instância (TUI), pedindo a revogação do acórdão recorrido, suscitando as seguintes questões:

- A sentença revidenda não produz caso julgado material;

- A sentença estrangeira não poderia ter sido revista e confirmada porque, tendo a requerida o privilégio da residência em Macau, foi vencida no processo americano e, segundo as regras de conflitos de Macau, a questão deveria ter sido resolvida pelo direito material de Macau e o resultado da acção ter-lhe-ia sido mais favorável, em virtude das regras de prescrição de Macau;

- Não houve abuso de direito da requerida porque, tanto no Tribunal do Nevada, como agora, defende a aplicação das regras de prescrição de Macau;

- O acórdão é nulo por não fundamentar a tese do abuso de direito.

II – O Direito

1. AS QUESTÕES A RESOLVER

As questões a resolver são as suscitadas pela requerida, ora recorrente.

2. TRADUÇÃO

Começar-se-á pela questão da tradução, questão não levada pela recorrente às conclusões da alegação.

Não há traduções perfeitas. À tradução apresentada pelas requerentes, opôs a requerida a sua tradução. A esta objectaram as requerentes. E assim poderia continuar indefinidamente a discussão sobre os méritos das traduções.

Nenhuma das questões suscitadas sobre as traduções são importantes.

O Tribunal considera que está esclarecido sobre o conteúdo da sentença revidenda e isso é o fundamental.

3. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA

A requerida não contesta o trânsito em julgado da sentença, mas apenas alega que ela não constitui caso julgado material, por não ter conhecido do mérito da acção.

Aliás, sobre a questão da prova do trânsito em julgado da sentença revidenda, dissemos o seguinte no nosso Acórdão de 11 de Fevereiro de 2010, no Processo n.º 43/2009:

«Para resolver qualquer das questões suscitadas importa apreciar uma outra, aliás, não tratada nas alegações das partes, que é a de saber a quem incumbe o ónus da prova dos factos na acção de revisão e confirmação de sentença do exterior.

Esta questão de direito já foi tratada no Acórdão deste TUI, de 15 de Março de 2006, no Processo n.º 2/2006, onde se disse o seguinte:

"**5. Sistemas de reconhecimento de sentenças do exterior ou estrangeiras.**

Ensina FERRER CORREIA [2] que reconhecer uma sentença estrangeira é atribuir-lhe no Estado do foro (Estado *ad quem*) os efeitos que lhe competem segundo a lei do Estado onde foi proferida (Estado de origem ou Estado *a quo*). Esses efeitos são os próprios da sentença considerada como tal – os que derivam da sua natureza de acto de jurisdição – a autoridade de caso julgado e o efeito executivo.

É também sabido que, numa perspectiva de direito comparado, existem vários tipos de so-

2 FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado, I*, Coimbra, Almedina, 2000, p. 454 e *Lições de Direito Internacional Privado, Aditamentos*, Coimbra, lições policopiadas, 1973, p. 4.

luções possíveis no que respeita ao reconhecimento de sentenças estrangeiras [3] :

i) Sistemas em cujo direito não se reconhecem efeitos às decisões estrangeiras, tendo sempre de intentar de novo uma acção num tribunal do país ad quem. É o caso dos países nórdicos da Europa.

ii) Noutros países, o reconhecimento só opera mediante reciprocidade, como em Espanha.

Na Inglaterra após 1933, foi instituído um sistema de registo (registration) que permite equiparar uma sentença estrangeira a uma decisão de um tribunal inglês, com base na reciprocidade reconhecida by order in Council.

iii) Em algumas ordens jurídicas, as sentenças estrangeiras são reconhecidas sem necessidade de qualquer formalidade, é o chamado reconhecimento automático. É o que acontece em França com as sentenças estrangeiras em matéria de estado e capacidade das pessoas e com certos actos de jurisdição voluntária.

iv) Há sistemas em que o reconhecimento das sentenças do exterior ou estrangeiras se dá por via do exequatur, controlo ou revisão.

a) Este controlo pode ser de mérito, no caso de haver um controlo da aplicação do direito, ou, em certos casos, podendo ocorrer uma reapreciação da matéria de facto;

b) O controlo pode ser meramente formal, como acontece em Macau e em Portugal (em ambos os casos na generalidade das situações), na Suíça e, até há pouco tempo, em Itália.

6. O sistema de Macau de reconhecimento de sentenças do exterior.

O nosso sistema é, em regra, de revisão meramente formal porque as condições da confirmação da sentença do exterior exigidas e enumeradas nas várias alíneas do n.º 1 do artº. 1200.º do Código de Processo Civil - que no Código português corresponde ao artº. 1096.º - "*não respeitam senão à regularidade da decisão e do processo de que ela constitui o* último termo" [4].

Já existe, no entanto, revisão de mérito, de aplicação do direito, numa situação específica: quando a decisão tiver sido proferida contra residente de Macau, este pode impugnar o pedido de reconhecimento de sentença do exterior com fundamento em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de conflitos de Macau (n.º 2 do artº. 1202.º do Código de Processo Civil).

7. A prova dos requisitos do art. 1200.º do Código de Processo Civil

Vejamos, então, o que dispõe o art. 1200.º do Código de Processo Civil:

3 Nesta matéria seguimos o texto de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)*, em Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Coimbra, Almedina, 1998, p. 310 e segs. e em Aspectos do Novo Processo Civil, Lisboa, Lex, 1997, p. 107 e segs.

4 FERRER CORREIA, *Lições...,* p. 466.

"Artigo 1200.º

(Requisitos necessários para a confirmação)

1. Para que a decisão proferida por tribunal do exterior de Macau seja confirmada, é necessária a verificação dos seguintes requisitos:

a) Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a decisão nem sobre a inteligibilidade da decisão;

b) Que tenha transitado em julgado segundo a lei do local em que foi proferida;

c) Que provenha de tribunal cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais de Macau;

d) Que não possa invocar-se a excepção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afecta a tribunal de Macau, excepto se foi o tribunal do exterior de Macau que preveniu a jurisdição;

e) Que o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do local do tribunal de origem, e que no processo tenham sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes;

f) Que não contenha decisão cuja confirmação conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública.

2. O disposto no número anterior é aplicável à decisão arbitral, na parte em que o puder ser".

Se fosse apenas este o preceito do Código de Processo Civil a ter em conta para resolver a questão em apreço, teria o recorrente, possivelmente, razão na sua tese, já que, de acordo com as regras gerais do ónus da prova, a prova dos factos constitutivos do direito alegado cabe àquele que invocar o direito (artº. 335.º, n.º 1 do Código Civil).

Mas há que considerar ainda outro preceito, do Código de Processo Civil, que já vem, aliás, do Código de 1939, e que é o artº. 1204.º:

"Artigo 1204.°

(Actividade oficiosa do tribunal)

O tribunal verifica oficiosamente se concorrem as condições indicadas nas alíneas a) e f) do artigo 1200.°, negando também oficiosamente a confirmação quando, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apure que falta algum dos requisitos exigidos nas alíneas b), c), d) e e) do mesmo preceito".

O Código de 1961 continha um preceito semelhante a este (o artº. 1101.º) e o mesmo acontecia no Código de 1939 (o artº. 1105.º), com uma diferença respeitante à revisão de mérito, a que há pouco se fez referência, mas irrelevante na matéria que nos ocupa.

Pois bem, o artº. 1200.º contém seis requisitos necessários para a confirmação da decisão proferida por tribunal do exterior. Mas o artº. 1204.º faz uma nítida distinção entre os requisitos das alíneas a) e f) do n.º 1 do artº. 1200.º (respectivamente, que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a decisão nem sobre a inteligibilidade da decisão e que não contenha decisão cuja confirmação conduza a um resultado manifestamente incompatível com a

ordem pública) - impondo a sua verificação oficiosa pelo tribunal - e os restantes requisitos do artº. 1200.º - entre os quais os dois que estão em causa, a propósito dos quais o tribunal só deve negar oficiosamente a confirmação quando, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apure que falta algum desses requisitos.

Foi por causa desta distinção que a doutrina começou a defender que o requerente está dispensado da prova directa destes quatro requisitos, que se devem presumir verificados.

Assim é que ALBERTO DOS REIS [5] defendeu o seguinte na vigência do Código de 1939:

"*Desde que o tribunal só deve negar oficiosamente a confirmação quando o exame do processo ou o conhecimento derivado do exercício da função o convencer de que falta algum dos requisitos exigidos nos nºs 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do artº. 1102.º, segue-se que, não se verificando os casos apontados, presume-se que esses requisitos concorrem; entendida assim a disposição, é claro que o requerente está dispensado de fazer a prova positiva e directa dos requisitos indicados".*

Também FERRER CORREIA [6], na vigência do Código de 1961, se pronunciou em idêntico sentido:

"*36. 2.º - Trânsito em julgado. – O segundo requisito de confirmação é o que consta do art. 1096.º, al. b): "Para que a sentença seja confirmada é necessário que tenha transitado em julgado segundo a lei do país em que foi proferida".*

Para que a sentença possa ser confirmada é necessário, portanto, que seja uma sentença definitiva, uma sentença da qual não caiba recurso ordinário, segundo a lei do tribunal de origem.

Mas será necessário que a parte interessada faça a prova do trânsito em julgado?

O tribunal só negará oficiosamente a confirmação se pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções apurar que falta o requisito da alínea b), ou seja, se apurar que a sentença ainda não transitou em julgado.

...

O simples facto de não constar do processo a prova de que a sentença transitou em julgado não é, pois, suficiente para o tribunal recusar a confirmação. Em tal hipótese, há-de o tribunal presumir que o trânsito em julgado ocorreu".

O mesmo autor, nas recentes lições do ano 2000 [7], mantém o mesmo entendimento:

"O simples facto de não constar do processo a prova do trânsito em julgado não constitui impedimento à confirmação; tal impedimento existirá, contudo, se o tribunal, por conhecimento derivado do exercício das suas funções, chegar à conclusão de que no caso vertente esse requisito falta. É esta a solução mais consentânea com o preceito do artº. 1101.º".

Também RODRIGUES BASTOS [8] se pronuncia no mesmo sentido.

---

5 ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, reimpressão, p. 163.

6 FERRER CORREIA, *Lições... Aditamentos*, p. 105 e 106

7 FERRER CORREIA, *Lições...*, p. 477.

8 J. RODRIGUES BASTOS, *Notas...*, Volume IV, 2.ª ed., 2005, p. 256

E da mesma opinião é a restante doutrina internacional privatista.

Assim, MARQUES DOS SANTOS [9] abonando o entendimento de Alberto dos Reis e Ferrer Correia, já mencionados, escreve:

"*Tal doutrina parece-nos ser aceitável, na medida em que se entenda que, só por si, a não existência, no processo, de prova de que a sentença estrangeira transitou em julgado não é bastante para ser recusada a confirmação, podendo, porém, esta vir a ser negada sem que a parte contrária tenha de provar que não houve trânsito em julgado, desde que o tribunal português de revisão, por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apure que falta o requisito da alínea b) do artigo 1096.º do Código*".

LUÍS DE LIMA PINHEIRO[10] emitiu idêntica opinião.

Em contrário só se conhece a doutrina de MACHADO VILELA[11], expressa na vigência do Código de Processo Civil de 1876, para quem deve ser o requerente a provar todos os requisitos de confirmação de sentença estrangeira. Mas neste Código (arts. 1087.º a 1091.º) não havia preceito semelhante ao actual artº. 1204.º, pelo que se aceita que, nesse caso, valessem as regras gerais do ónus da prova. Não é o caso do direito vigente, como já se disse".

Em conclusão, é de sufragar o entendimento tomado pelo nosso anterior Acórdão, na sequência da jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça (expressa, por exemplo, no Acórdão de 25 de Fevereiro de 1998, no Processo n.º 786 [12]) e abonado pela doutrina, de que se devem considerar verificados os requisitos das alíneas b), c), d) e) do n.º 1 do artº. 1200.º, na falta de prova em contrário, por parte do requerido, sem prejuízo de o tribunal dever negar a confirmação quando pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções apure que falta algum deles».

4. CASO JULGADO MATERIAL.

Como dissemos, a requerida alega que a sentença não constitui caso julgado material, por não ter conhecido do mérito da acção. E que no direito norte-americano a prescrição não é um instituto de direito substantivo, como no direito de Macau ou Portugal, mas de direito processual, que não impede a propositura de outra acção no mesmo tribunal ou noutro.

Mas, como demonstra o Parecer do Professor DÁRIO MOURA VICENTE, junto aos autos, a sentença revidenda constitui caso julgado material:

«a) Em primeiro lugar, é isso o que resulta da própria sentença revidenda.

Lê-se, com efeito, na decisão proferida pelo *United States District Court of Nevada* de 16 de

9 ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Revisão...*, em Estudos..., p. 324 e em Aspectos ..., p. 119.

10 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado, Volume III, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 364 e 365

11 MACHADO VILELA, *Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I, Coimbra, Coimbra editora, 1921, p. 666 e 667.

12 *Tribunal Superior de Justiça de Macau, Jurisprudência*, 1998, I Tomo, p. 118.

Agosto de 2007, que a sentença proferida pelo *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* em 10 de Abril de 2009 confirmou parcialmente:

«*It is hereby ordered that the Plaintiff's Complaint be dismissed on the merits and with prejudice. This is a final order for purposes of appeal.*»

Ou seja:

«Determina-se por este meio que a Pretensão da Autora seja julgada improcedente quanto ao mérito e com prejuízo. A presente decisão é final para efeitos de recurso.»

…

A sentença do Tribunal de Apelação do 9.° Circuito não modificou a decisão apelada quanto ao alcance do juízo de improcedência da acção proferido pelo Tribunal de 1ª Instância, tendo-se assim consolidado, nesta parte, a *dismissal on the merits and with prejudice* anteriormente proferida por este Tribunal.

Ora, o sentido de uma *dismissal on the merits and with prejudice* acha-se perfeitamente definido no Direito norte-americano. Respigamos aqui algumas definições jurisprudenciais e doutrinais desse conceito:

«*As a general precept of law, a "dismissal with prejudice" normally bars further litigation by the same claimant for the same claim […]. Normally, a dismissal with prejudice is an adjudication on the merits. As such it is entitled to finality so as to further the underlying policy of res judicata, namely, the refusal of the law to tolerate needless litigation. A dismissal with prejudice thus is not only a bar to those issues adjudicated, but also to those issues that should have been litigated.*»[13],[14]

«*Dismissal with prejudice [is] usually considered an adjudication upon the merits*

and will operate as a bar to future action.»[15],[16]

«*Dismissal with prejudice. A dismissal with prejudice is a judgment rendered in a*

lawsuit on its merits that prevents the plaintiff from bringing the same lawsuit against the same defendant in the future. It is a harsh remedy that has the effect of canceling the action so that it can never again be commenced. A dismissal with prejudice is Res Judicata as to every issue litigated

13 Cfr. *International Philantropic Hospital v. The United States, United States Court of Claims,* 621 F.2d 402 (1980).

14 Tradução: Como um princípio geral de Direito, "improcedência com caso julgado material" normalmente impede a propositura de novas acções pelo mesmo autor com a mesma pretensão […].
Normalmente, improcedência com caso julgado material é uma decisão quanto ao mérito. Como tal, ela tem carácter definitivo, para dar corpo à política subjacente ao caso julgado, isto é, a lei recusa-se a tolerar litígios desnecessários. Portanto, improcedência com caso julgado material preclude não só as questões já decididas, como também as questões que poderiam ter sido suscitadas.

15 Cfr. Steven H. Gifis, Law Dictionary, 5ª ed., Nova Iorque, 2003.

16 Tradução: Improcedência com caso julgado material [é] normalmente considerada como uma decisão sobre o mérito e funcionará como um impedimento a acções futuras.

in the action. »[17],[18]

«*Dismissal with prejudice is a final judgment and the case becomes res judicata on*

the claims that were or could have been brought in it; dismissal without prejudice is not […]

A civil matter which is "dismissed with prejudice" is over forever. This is a final judgment, not subject to further action, which bars the plaintiff from bringing any other lawsuit based on the claim. The dismissal itself may be appealed. It is done when the judge determines that the plaintiff has brought the case in bad faith, has failed to bring the case in a reasonable time, has failed to comply with court procedures, or on the merits after hearing the arguments in court.»[19],[20]

«*A dismissal with prejudice is dismissal of a case on merits after adjudication. The*

plaintiff is barred from bringing an action on the same claim. Dismissal with prejudice is a final judgment and the case becomes res judicata on the claims that were or could have been brought in it.» [21],[22]

A dismissal on the merits with prejudice das pretensões da AASD, decretada pelo tribunal de lª instância e confirmada pelo tribunal de apelação na sentença revidenda nestes autos, é assim uma decisão de improcedência da acção, que preclude a propositura de uma acção idêntica no mesmo ou noutro tribunal. Tornou, por isso, imodificável a sentença que a decretou.

A dita *dismissal* é pois, sem margem para dúvidas, uma decisão que produz o efeito de caso julgado material visado no artº. 1200.°, n.º 1, alínea b), do CPC de Macau, devendo por isso considerar-se preenchido, no caso vertente, este requisito da confirmação da sentença estrangeira.

b) É esta, de resto, a solução reclamada pelo Direito vigente no Nevada. Com efeito, de acordo com a secção 41 (b) das *Nevada Rules of Civil Procedure*:

---

17 Cfr. http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/dismissal.

18 Tradução: Improcedência com caso julgado material. Uma sentença de improcedência com caso julgado material é uma decisão proferida numa acção judicial sobre o seu mérito, que impede o autor de intentar a mesma acção contra o mesmo réu no futuro. Trata-se de uma solução severa que tem por efeito anular a acção de tal maneira que a mesma jamais possa ser iniciada. A improcedência com caso julgado material é caso julgado para toda e qualquer questão litigada na acção.

19 Cfr. http://en.wikipedia.org/wiki/Prejudice_(legal_procedure).

20 Tradução: Improcedência com caso julgado material é uma decisão final e forma caso julgado quanto às pretensões que foram ou poderiam ter sido formuladas no processo; já não é assim com improcedência com caso julgado material [...] Uma matéria civil que é "julgada improcedente com caso julgado material" fica definitivamente resolvida. Trata-se de uma decisão final, que não está sujeita a mais acções, ficando o autor impedido de intentar qualquer outra acção judicial baseada na mesma pretensão. A sentença de improcedência em si pode ser alvo de recurso, quando o juiz decide que o autor intentou a acção com má fé, ou não conseguiu intentar a acção num prazo razoável, ou não agiu em conformidade com os procedimentos dos tribunais, ou sobre o mérito depois de ouvir os argumentos em audiência.

21 Cfr. http://definitions.uslegal.com/d/dismissed-with-prejudice.

22 Tradução: Improcedência com caso julgado material é uma decisão de improcedência da acção quanto ao mérito após julgamento. Fica o autor impedido de intentar uma acção com a mesma pretensão. Improcedência com caso julgado material é uma decisão final e forma caso julgado quanto às pretensões que foram ou poderiam ter sido formuladas no processo.

«*Unless the court in its order for dismissal otherwise specifies, a dismissal under this subdivision and any dismissal not provided for in this rule, other than a dismissal for lack of jurisdiction, for improper venue, or for failure to join a party under Rule 19, operates as an adjudication upon the merits.*» [23],[24]

No mesmo sentido, dispõe a regra 41 (b) das *Federal Rules of Civil Procedure*, que

regem as acções cíveis nos *Federal District Courts*:

«*Unless the dismissal order states otherwise, a dismissal under this subdivision (b)*

and any dismissal not under this rule - except one for lack of jurisdiction, improper venue, or failure to join a party under Rule 19 - operates as an adjudication on the merits.» [25],[26]

Ou seja, uma decisão de improcedência da acção é em princípio, quer segundo o Direito Processual Civil do Estado do Nevada, quer segundo o Direito federal norteamericano, uma decisão de mérito, que impede a repetição da causa no mesmo ou noutro tribunal.

O que bem se compreende à luz da política, prosseguida nos Estados Unidos da América em geral e no Nevada em particular, de promoção da economia processual e de prevenção do risco de decisões contraditórias inerente à multiplicação de processos atinentes ao mesmo litígio; outro tanto se dirá, tendo em conta a necessidade de evitar as vantagens injustificadas que um litigante menos escrupuloso pode extrair da propositura das mesmas acções em diferentes foros (*forum shopping*) [27].

A decisão revidenda constitui, assim, caso julgado material, quer à luz do seu próprio dispositivo, quer por força das disposições legais do Nevada e do Direito Federal norteamericano que lhe são aplicáveis».

Também o Parecer do Professor JEFFREY W. STEMPEL é categórico: "*Nos termos da Lei do Nevada, resulta claro que o indeferimento com base em prescrição tem o efeito de adjudicação sobre o mérito e tem efeito preclusivo*".

Improcede, assim, a questão suscitada pela recorrente.

---

23 Cfr. http://www.leg.state.nv.us/courtrules/nrcp.htrnl.

24 Tradução: Salvo se o tribunal na sua decisão declarar o contrário, a improcedência prevista nesta subdivisão e qualquer outra não prevista nesta norma, que não seja a improcedência por falta de jurisdição, por incompetência do tribunal em razão do lugar, ou por falta de intervenção de alguma parte segundo o artigo 19.º, funciona como uma decisão quanto ao mérito.

25 Cfr. http://www.law.comell.edulrules/frcp/rule_41

26 Tradução: Salvo se a decisão declarar o contrário, uma decisão de improcedência prevista nesta subdivisão b) e qualquer outra não prevista nesta norma – excepto a improcedência por falta de jurisdição, por incompetência do tribunal em razão do lugar, ou por falta de intervenção de alguma parte segundo o artigo 19.º – funciona como uma decisão quanto ao mérito.

27 Veja-se, neste sentido, o parecer do Professor JEFFREY W. STEMPEL, junto aos autos, p. 20.

5. DECISÃO PROFERIDA CONTRA RESIDENTE DE MACAU OU CONTRA PESSOA COLECTIVA COM SEDE EFECTIVA EM MACAU.

Trata-se de saber se o acórdão recorrido violou o disposto no n.º 2 do artigo 1202.º do Código de Processo Civil, onde se dispõe:

"*Se a decisão tiver sido proferida contra residente de Macau, a impugnação pode ainda fundar-se em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de conflitos de Macau".*

Sub-questões, eventualmente, a abordar:

- Se a norma se aplica a pessoa colectiva que tenha sede em Macau;

- Se a decisão foi proferida contra a requerida;

- Se o resultado da acção teria sido mais favorável à requerida se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, e se seria este o aplicável, segundo as normas de conflitos de Macau;

- Se a requerida violou os princípios da boa-fé e abuso de direito (*venire contra factum proprium*), ao invocar em sua defesa o disposto no n.º 2 do artigo 1202.º do Código de Processo Civil, por ter sido ela quem intentou a acção onde foi proferida a sentença a rever.

Comecemos pela primeira sub-questão.

Como se sabe, o fundamento de impugnação em apreço constitui uma das duas situações, no nosso direito, em que a revisão e confirmação de sentença do exterior não é formal, mas incide sobre o mérito da causa [a outra é a do n.º 1 do artigo 1202.º, na pare em que remete para o artigo 653.º, alínea c) do Código de Processo Civil].

Na mencionada situação, em acção no exterior em que o residente de Macau ficou vencido, e em que não foi aplicado o direito material de Macau, mas em que este seria aplicável, segundo as normas de conflitos de Macau, o tribunal de Macau onde é pedida a revisão e confirmação, apura se o resultado da acção teria sido mais favorável ao residente se tivesse sido aplicado o direito material de Macau. Se concluir positivamente, nega a revisão.

O âmbito subjectivo da letra da norma são os residentes de Macau. Não as pessoas que residam em Macau, mas os residentes de Macau, com o sentido que a expressão tem no artigo 24.º da Lei Básica e também na alínea b) do artigo 15.º do Código de Processo Civil [28]. Quer isto dizer que os residentes de Macau até podem não residir efectivamente em Macau.

Ao contrário, por exemplo, na alínea a) do artigo 17.º do mesmo diploma, prevê-se a atribuição de competência aos tribunais de Macau quando o réu resida em Macau, ainda que não seja residente de Macau, para efeitos da Lei Básica [29]. Por exemplo, um trabalhador não-residente.

Pretende a recorrente que, onde se diz residente de Macau, devem considerar-se abrangi-

---

28 "Os tribunais de Macau são competentes quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias:
…
b) Ser réu um não residente e autor um residente, desde que, se idêntica acção fosse proposta pelo réu nos tribunais do local da sua residência, o autor pudesse ser aí demandado;

29 "Sem prejuízo da competência que resulte do disposto no artigo 15.º, os tribunais de Macau são competentes para apreciar as acções não previstas no artigo anterior ou em disposições especiais, quando:
a) O réu tenha domicílio ou residência em Macau; …"

das, igualmente, as pessoas colectivas com sede em Macau.

Vejamos se é assim.

Na vigência do Código de Processo Civil português de 1961, na redacção anterior a 1996, que vigorou, também, em Macau, até 1999, para que a sentença estrangeira pudesse ser confirmada era necessário, além do mais "*que tendo sido proferida contra português, não ofenda as disposições do direito privado português, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as regras de conflitos do direito português"* [alínea d) do artigo 1096.º].

Uma das questões discutidas foi a de saber se este preceito se aplicava às pessoas colectivas de nacionalidade portuguesa.

Na Reforma portuguesa de 1995/96, do Código de Processo Civil, a norma passou a ser fundamento de impugnação do requerido, com a seguinte redacção (artigo 1100.º, n.º 2):

"2. Se a sentença tiver sido proferida contra pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa, a impugnação pode ainda fundar-se em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se o tribunal estrangeiro tivesse aplicado o direito material português, quando por este devesse ser resolvida a questão segundo as normas de conflitos da lei portuguesa".

O preceito passou, então, expressamente a aplicar-se também às pessoas colectivas de nacionalidade portuguesa, o que anteriormente era duvidoso, embora a maioria da doutrina se inclinasse no sentido positivo.

Como é sabido, o Código de Processo Civil de Macau, de 1999, inspirou-se no Código português de 1961, na versão da Reforma de 1995/96.

A norma do Código de Processo Civil português, em que legislador de Macau se inspirou (artigo 1100.º, n.º 2), fala em pessoa singular ou colectiva de nacionalidade portuguesa.

Ora, a norma de Macau apenas refere residente de Macau, que é na Região Administrativa Especial de Macau o elemento correspondente à nacionalidade.

Face à Lei Básica, só as pessoas singulares podem ser residentes de Macau. As pessoas colectivas não gozam do estatuto de residente.

A favor da tese de que as pessoas colectivas com sede em Macau não gozam do privilégio concedido pelo n.º 2 do artigo 1202.º do Código de Processo Civil, pode invocar-se o elemento literal do preceito e defender que, sendo o legislador de Macau conhecedor da norma portuguesa onde se inspirou, e não tendo incluindo no seu âmbito as pessoas colectivas com sede em Macau, quis que a mesma não se aplicasse a estas pessoas.

Mas não tem necessariamente de ser assim.

Em sentido contrário, afigura-se-nos que o legislador do Código de Processo Civil de Macau apenas se preocupou na adaptação directa do privilégio da nacionalidade constante do Código português ao instituto de Macau correspondente àquele, que é o da residência, previsto na Lei Básica. Não teve, assim, intenção de excluir as pessoas colectivas com sede em Macau do âmbito do preceito.

E, em boa verdade, não há nenhuma razão para que só em relação às pessoas singulares de Macau se proceda à mencionada protecção. Também as pessoas colectivas com sede em Macau merecem a mesma protecção.

Por outro lado, no n.º 2 do artigo 1202.º do Código de Processo Civil de Macau, também está

em causa um regime de protecção do direito de Macau, quer material, quer conflitual [30]. Ora, este aplica-se tanto às pessoas singulares como às pessoas colectivas.

Em conclusão, entende-se que as pessoas colectivas com sede em Macau também gozam do privilégio concedido pelo n.º 2 do artigo 1202.º do Código de Processo Civil.

Mas serão todas as pessoas colectivas com sede em Macau?

Nesta matéria terá de se aplicar o critério de conexão que corresponde à residência, no que toca ao estatuto das pessoas colectivas, em termos de direito de conflitos de Macau. E esse é o da "*sede principal e efectiva da sua administração*" (artigo 31.º, n.º 1, do Código Civil).

Para o Direito Internacional Privado de Macau, tal como para o direito português, a

sede da pessoa colectiva é a sede principal e efectiva da sua administração, "*não uma simples sede estatutária que não seja a sede efectiva*".[31]

A sede principal e efectiva da administração das pessoas colectivas é, como explica

LUÍS DE LIMA PINHEIRO [32], o lugar onde normalmente, se forma a vontade dos órgãos de direcção, o lugar onde se reúnem os administradores e onde as assembleias de membros são realizadas. A menos que estejam em causa grupos de sociedades; neste caso, a sede da administração é "*o lugar onde as decisões fundamentais da direcção* são convertidas em *actos de administração corrente*", o lugar onde a sociedade tem o centro principal da sua direcção e da gestão dos seus negócios, mesmo se as decisões que aí são tomadas obedecem a directivas emanadas de accionistas que residam noutro lugar, como se expressa o artigo 5.º da Resolução, do Instituto de Direito Internacional, sobre as sociedades anónimas, citado pelo mesmo autor.

Pois bem, na sua impugnação a requerida nunca alegou factos donde decorresse qual a sede principal e efectiva da sua administração. Apenas alegou que a sua sede estatutária era em Macau.

O ónus da alegação e prova de tais factos cabia à requerida, como requisito de aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 1202.º do Código de Processo Civil.

Não o tendo feito, cai pela base a pretensão da requerida de ver apreciado o mérito da decisão revidenda, com fundamento na mencionada norma.

Improcede o recurso.

Está prejudicado o conhecimento das outras questões e sub-questões.

III – Decisão

Face ao expendido, nega-se provimento ao recurso.

Custas pela recorrente.

---

30 ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Revisão e Confirmação de Sentenças Estrangeiras no Novo Código de Processo Civil de 1997 (Alterações do Regime Anterior)*, em Aspectos do Novo Processo Civil, Lisboa, Lex, 1997, p. 144 e 145.

31 JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 3.ª edição, 1992, p. 344.

32 LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2.ª edição, 2002, p. 81 e 82.

Macau, 6 de Maio de 2015.

Juízes: Viriato Manuel Pinheiro de Lima (Relator)

Song Man Lei

Sam Hou Fai

COMENTÁRIO

1. O recurso foi interposto do acórdão do Tribunal de Segunda Instância, de 19.06.2014, que julgou procedente, revendo e confirmando, uma sentença proferida pelo United States Court of Apeals for the Ninth Circuit, em 10.04.2009, na parte em que confirmou a sentença proferida pelo District Court of District of Nevada em 16.08.2007.

A requerida recorreu para o TUI, inconformada com o Acórdão do TSI, pedindo a sua revogação e suscitando as seguintes questões:

- A sentença revidenda não produz caso julgado material.

- A sentença estrangeira não poderia ter sido revista e confirmada porque, tendo a requerida o privilégio da residência em Macau, foi vencida no processo americano e, segundo as regras de conflitos de Macau, a questão deveria ter sido resolvida pelo direito material de Macau e o resultado da acção ter-lhe-ia sido mais favorável, em virtude das regras de prescrição de Macau.

- Não houve abuso de direito da requerida porque, tanto no Tribunal do Nevada, como agora, defende a aplicação das regras de prescrição de Macau.

- O acórdão é nulo por não fundamentar a tese do abuso de direito.

2. O acórdão em anotação conheceu, para além de outras, das seguintes questões:

- saber se se formou caso julgado material;

- saber se uma pessoa colectiva com sede na RAEM tem direito a invocar e beneficiar do disposto no nº 2 do artº 1202º do CPCM**.**

E, concluindo embora no sentido de que as pessoas colectivas com sede principal e efectiva na RAEM também podem beneficiar do disposto neste artigo, julgou o recurso improcedente, já que a requerida nunca alegou factos donde decorresse qual a sede principal e efectiva da sua administração, apenas alegando que a sua sede tributária era em Macau.

Iremos seguidamente apreciar estas questões, mas antes faremos também uma referência

aos sistemas de reconhecimento de sentenças estrangeiras e ao regime vigente na RAEM.[33],[34],[35]

a) Sistemas de reconhecimento de sentenças e decisões arbitrais estrangeiras

Como é sabido, as decisões proferidas pelos tribunais (aqui se incluindo as decisões proferidas por tribunais arbitrais de âmbito nacional) apenas produzem efeitos no território do respectivo Estado.

Acontece, porém, que, dada a expansão do comércio internacional e a globalização, se torna necessário que essas decisões possam produzir efeitos para além do espaço estadual ou territorial.

E, assim, para esse efeito, vem-se assistindo à celebração de convenções internacionais e os direitos internos de cada Estado são também orientados para o reconhecimento das decisões proferidas por jurisdições de outros Estados.

Ao longo do tempo tem-se procurado fundamento jurídico para este reconhecimento, destacando-se as seguintes correntes:[36]

- tese do "*comitas gentium*"

- tese do quase contrato

- tese dos direitos adquiridos

- tese da lex specialis

- tese da competência internacional.

Segundo uma corrente baseada no "*comitas gentium*", o reconhecimento impor-se-ia pelas relações de boa amizade entre Estados e pela utilidade que os mesmos tirariam do reconhecimento

33 O TSI decide em 1ª instância o pedido de revisão e reconhecimento das decisões proferidas por tribunais ou árbitros do exterior (artº 36º -13) da Lei nº 9/1999). Desta decisão cabe recurso ordinário para o TUI, nos termos gerais (artº 1203, nº 1 do mesmo diploma), gozando o MºPº do direito de recurso com fundamento em violação das alíneas c), e) e f) do artº 1200º (artº 1203º, nº 2).

34 O CPCM refere apropriadamente "*decisões sobre direitos privados, proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau"* e não utiliza o termo "*estrangeiros*". Isto porque Macau não constitui um Estado ou território soberano, sendo uma Região Administrativa Especial, gozando de poder judicial independente, da República Popular da China. E os seus tribunais possuem competência para rever não só decisões proferidas por tribunais e árbitros estrangeiros, como também de tribunais do seu próprio país. Assim, são também revistas e confirmadas pelos tribunais da RAEM decisões dos tribunais de Hong Kong e do restante território da RPC (a título de exemplo v. os acórdãos do TSI, de 05.03.2015 - Processo nº 737/2011 e de 08.10.2015 - Processo nº 716/2014- relativos a decisões proferidas por tribunais do interior da RPC e de 05.03.2014 - Processo nº 341/2014 e de 10.09.2015 - Processo nº 508/2015 relativos a decisões proferidas por tribunais de Hong kong).

35 A revisão e confirmação de sentença penal não proferida pelos tribunais da Região Administrativa Especial de Macau está prevista nos artºs 218º a 223º do CPPM.

36 Nesta parte seguimos A. Ferrer Correia – Estudos Vários de Direito, Coimbra 1982, págs. 114 e segs. "in" https://books.google.com/books?id=7KNhWb0JoksC&printsec=frontcover&hl=zh-TW#v=onepage&q&f=false .

pelos seus tribunais dos julgamentos realizados no estrangeiro. [37]

Segundo outra corrente, o reconhecimento encontraria o seu fundamento num contrato ou *quase contrato* judiciário. Assim, a sentença constituiria um título válido em toda a parte porque as partes, ao comparecerem perante o juiz concordam numa espécie de quase contrato que as obriga a conformar-se com o julgamento. E, deste modo, os juízes do país do foro devem respeitar esse quase contrato como se estivesse em causa uma convenção extrajudicial assinada no estrangeiro não podendo ir contra a vontade das partes.

Uma terceira corrente coloca a tónica nos *direitos adquiridos*. Assim, o reconhecimento identificar-se-ia com os direitos reconhecidos e as obrigações impostas às partes pela decisão, havendo, por isso, que reconhecer apenas o que ficou já anteriormente estabelecido pelo tribunal.

Outra corrente concebe a sentença como "*lex specialis*", constituindo esta um acto pelo qual a disposição abstracta da lei se torna concreta. E, assim, se as leis são consideradas competentes para regular uma determinada situação, segue-se que todo o julgamento validamente realizado nesse Estado deve também ser reconhe-cido.

Como crítica a estas correntes aponta-se, desde logo, o facto de que os Estados não estão aqui em causa, nem é o interesse destes que importa acautelar, antes se visando com o reconhecimento a salvaguarda dos interesses dos particulares e a estabilidade das relações individuais.

Como refere A. Ferrer Correia[38] o reconhecimento visa o mesmo que o direito internacional privado, isto é, procura-se assegurar a continuidade e a estabilidade das situações da vida jurídica internacional para que as expectativas das partes e de terceiros não saiam frustradas. Tendo a situação jurídica sido definida por um tribunal e transitado em julgado no país onde foi proferida, necessário é que se aproveite tal circunstância e que a incerteza anterior não volte a renascer e a instalar-se. Portanto, parece que este reconhecimento mais não será do que o resultado da própria natureza do direito privado internacional.

Este reconhecimento defronta ainda hoje com algumas resistências de que são exemplo as seguintes:

a) o respeito exacerbado pela soberania nacional

b) a falta de confiança nas instituições jurídicas estrangeiras.

c) o receio de que o juiz do país que prolatou a sentença não tenha dado razão ao autor ou ao Réu quando este for um residente do Estado que deve reconhecer a sentença.

d) o receio de que o tribunal tenha ultrapassado a medida da da sua competência ou os limites do poder jurisdicional do Estado ao qual pertence.

---

37 "No law has any effect, of its own force, beyond the limits of the sovereignty from which its authority is derived. The extent to which the law of one nation, as put in force within its territory, whether by executive order, by legislative act, or by judicial decree shall be allowed to operate within the dominion of another nation depends upon what our greatest jurists have been content to call "*the comity of nations*." Although the phrase has been often criticized, no satisfactory substitute has been suggested.
"*Comity*," in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons was are under the protection of its laws".**- Caso Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113 (1895)-US – US Supreme Court.**

38 Obra citada, pág. 119.

Posto isto, vejamos então a posição dos vários Estados relativamente ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, destacando-se os seguintes sistemas: [39]

1. Em certos países os efeitos da decisão revidenda podem produzir-se antes do reconhecimento (salvo no caso de execução da decisão) - sistema de reconhecimento "ipso jure".

Este princípio vigora nomeadamente em França na matéria relativa ao estado e capacidade das pessoas. Assim, as decisões nestas matérias são reconhecidas "*ipso jure"* sem prejuízo, no entanto, de controle "*a posteriori*", se a decisão for invocada em qualquer tribunal.

Também da Alemanha vigora o reconhecimento "*ipso jure*", mas em matéria de divórcio, separação de pessoas e bens, anulação de casamento ou decisões relativas à existência do casamento estão sujeitas a um acto formal de reconhecimento

Era também este o sistema italiano no âmbito de vigência do CPP de 1865, o qual foi abandonado, vigorando hoje o sistema da "*sentenza de delibatione*", segundo o qual a sentença estrangeira só adquire eficácia na ordem jurídica italiana, após o seu reconhecimento por tribunal nacional.

2. Outro sistema é o que admite o reconhecimento após um exame preliminar de julgamento (sistema vigente em França, excepto para os casos acima referidos, Itália e Brasil).

Este sistema pode assumir **duas modalidades**:

1)- o reconhecimento pode revestir apenas uma **revisão meramente formal**, caso em que o tribunal do Estado do foro verifica se a sentença satisfaz certas condições, nomeadamente em termos de competência do tribunal que a proferiu, e de observância de princípios como o do contraditório, o da citação, etc.

É este, por exemplo, o regime vigente em Portugal, na Suíça, no Brasil, nos países de língua oficial portuguesa, sem prejuízo de em certos casos poder ter lugar a revisão de mérito, o que sucede também no ordenamento jurídico da RAEM e a que adiante nos referiremos.

Nestes casos não estamos perante uma nova sentença (julgamento) destinada a substituir a anteriormente proferida, mas apenas perante declaração de que estão reunidas todas as condições às quais a lei do foro subordina o reconhecimento das sentenças estrangeiras. A verdadeira finalidade do "*exequator"* é a de produzir uma decisão do tribunal do foro que permita que a sentença

---

39 Nesta parte seguimos A. Ferrer Correia – Estudos Vários de Direito, Coimbra 1982, págs. 140 e segs. "in" https://books.google.com/books?id=7KNhWb0JoksC&printsec=frontcover&hl=zh-TW#v=onepage&q&f=false . V. ainda, entre outros, Maria Priscila Furtado - ANÁLISE DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PELO STJ "in" Internet, António do Passo Cabral -A sentença estrangeira e globalização: Acesso à justiça e cooperação internacional "in"

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_206.pdf
Carolina Gomes Chiappini e Luciane Klein Vieira - O reconhecimento e a execução das decisões judiciais estrangeiras no Brasil e o caso das sentenças fronteiriças "in"
http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7304/4159 e Márcio Mateus Barbosa Júnior -Homologação de Sentenças Estrangeiras e o Sistema Difuso de Reconhecimento - A necessidade de mudança na redação do texto constitucional "in"
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10540

do tribunal estrangeiro possa operar para o futuro no seu ordenamento jurídico, produzindo efeitos idênticos ao que teria no Estado de origem.

2) - noutros Estados, o tribunal competente para o reconhecimento procede de novo ao exame da questão de facto e de direito que fora objecto da sentença estrangeira, podendo ser aquele ser recusado se for entendido que a questão foi mal julgada.

Este sistema, no entanto, peca por poder conduzir ao erro de julgamento, já que o tribunal do reconhecimento não disporá, em regra, de todos os elementos de prova oportunamente facultados ao tribunal que proferiu a decisão revidenda.

Por outro lado, como salienta A. Ferrer Correia - Ob. Citada, pág. 149, reconhecer uma sentença é aceitar a decisão e não avivar a controvérsia. A revisão do mérito implica reacender o conflito entre as partes, o que vai contra a teleologia do próprio instituto do reconhecimento. Com efeito, conceder ao juiz o direito de rever sentença estrangeira no seu mérito, é o mesmo que permitir-lhe decidir se a mesma foi bem ou mal julgada do ponto de vista dos factos e do direito, o que, na prática, significa negar o princípio do reconhecimento das sentenças estrangeiras enquanto tais.

3. Outro sistema é o que nega o reconhecimento, cabendo à parte interessada o direito de intentar uma nova acção no país onde deseja fazer valer a decisão. Pode, no entanto, suceder que esse reconhecimento deva ter lugar por força de tratado internacional ou de acto de organização internacional, como sucede na Noruega, Finlândia, Dinamarca e Holanda.

Por outro lado, e isso sucede em Inglaterra, a acção proposta para o reconhecimento não visa apreciar o mérito desta, a qual vale como prova *(conclusive evidence).*

No entanto, em Inglaterra, em matéria de "*money judgments*", o "Foreign Judgments Act (Reciprocal Enforcement) de 1933 permite a execução directa de uma sentença estrangeira previamente registada, equiparando-se, assim, a sentença estrangeira a sentença proferida por tribunal inglês. Este regime, porém, depende de reciprocidade.

Este regime não se aplica em matéria de divórcio e separação de pessoas, o qual consta de regulamento especial que permite o reconhecimento em certas condições (Recognition of Divorces and Legal Separation Act).

Os Estados Unidos seguem regime semelhante ao descrito no caso inglês, embora para a execução de certas decisões tenha sido criado um processo especial (Uniform Foreign Country Money Judgments Recognition Act)

4. Finalmente, certos Estados fazem depender o reconhecimento das sentenças estrangeiras do regime de reciprocidade (caso da Austrália, da Venezuela, de Israel, do México, Polónia, Panamá, etc.).

Este regime, no entanto, não merece grande aceitação porque se desinteressa completamente das pessoas a que a decisão respeita.

Reconhecimento com base em tratados multilaterais ou acto de organização supranacional

Para além de tratados bilaterais para reconhecimento de sentenças estrangeiras (situação normal quando é adoptado o regime da reciprocidade), o reconhecimento pode ser imposto ou resultar de legislação oriunda de actos de instituições supra nacionais ou de tratados multilaterais.

Iremos, seguida e resumidamente, abordar dois desses regimes:

-**Regulamento (CE) nº 44/2001, de 20.12.2015** relativo à competência, reconhecimento e execução das decisões em matéria civil e comercial (Bruxelas I) (com a alterações introduzidas pelos Regulamentos (CE) nº1791/2006 e Regulamento (CE) nº1103/2008.

-**Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa,** conhecido como Protocolo de Lãs Leñas assinado em 1992 entre a Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai.

Comecemos pelo primeiro.

I. Este Regulamento, **aplicável** a todos os Estados-membros da União Europeia com excepção da Dinamarca[40] (v. o seu artº 1º, nº 3) aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição.[41]

Deste Regulamento relevam os seguintes aspectos:

Considera-se "*decisão*" qualquer decisão proferida por um tribunal de um Estado-Membro independentemente da designação que lhe for dada, tal como acórdão, sentença, despacho judicial ou mandado de execução, bem como a fixação pelo secretário do tribunal do montante das custas do processo (artº 32º)

As decisões proferidas num Estado-Membro são reconhecidas nos outros Estados-Membros, sem necessidade de recurso a qualquer processo, mas em caso de impugnação, qualquer parte interessada que invoque o reconhecimento a título principal pode pedir, nos termos do processo previsto nas secções 2 e 3 do presente capítulo, o reconhecimento da decisão (artº 33º).

O reconhecimento pode ser negado se for manifestamente contrário à ordem pública do Estado-Membro requerido, se o acto que iniciou a instância, ou acto equivalente, não tiver sido

40 O regulamento enumera uma série de outras convenções, tratados e acordos que foram celebrados entre os países da UE e que são substituídos.
Mesmo após a entrada em vigor do regulamento, a competência judiciária entre a Dinamarca e os outros países da UE continuava a ser regida pela Convenção de Bruxelas de 1968. Esta derrogação no que respeita à Dinamarca baseia-se no Protocolo nº 5 sobre a posição da Dinamarca de 1997 anexo aos Tratados (atual Protocolo nº 22). Em 19 de outubro de 2005, a UE assinou um acordo com a Dinamarca que alarga as disposições do referido regulamento a este país relativas à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Em 27 de abril de 2006, o acordo foi aprovado em nome da UE através da decisão do Conselho 2006/325/CE. O acordo entrou em vigor em 1 de julho de 2007.

41 Dele ficando, no entanto, excluídas as matérias fiscais, aduaneiras e administrativas e as questões relativas ao estado e à capacidade das pessoas singulares, os regimes matrimoniais, os testamentos e as sucessões, as falências, as concordatas e os processos análogos, a segurança social e a arbitragem.
Relativamente a algumas dessas matérias existem outros Regulamentos, nomeadamente:
- Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial e de responsabilidade parental [Jornal Oficial L 338 de 23.12.2003].
- Regulamento (CE) n.o 4/2009 do Conselho de 18 de Dezembro de 2008 relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares.

comunicado ou notificado ao requerido revel, em tempo útil e de modo a permitir-lhe a defesa, a menos que o requerido não tenha interposto recurso contra a decisão embora tendo a possibilidade de o fazer, se for inconciliável com outra decisão proferida quanto às mesmas partes no Estado-Membro requerido ou se for inconciliável com outra anteriormente proferida noutro Estado-Membro ou num Estado terceiro entre as mesmas partes, em acção com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, desde que a decisão proferida anteriormente reúna as condições necessárias para ser reconhecida no Estado-Membro requerido (artº 34º).[42]

Em princípio não pode proceder-se ao controlo da competência dos tribunais do Estado-Membro de origem, não sendo as regras relativas à competência consideradas como pertencendo à ordem pública.

As decisões estrangeiras não podem, em caso algum, ser objecto de revisão de mérito (artº 36º).

No âmbito da União Europeia foram ainda produzidos os seguintes actos:

Decisão 2006/325/CE do Conselho, de 27 de abril de 2006, respeitante à celebração do Acordo entre a Comunidade Europeia e o Reino da Dinamarca relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial [Jornal Oficial L 120 de 5.5.2006].

Decisão 2009/451/CE da Comissão, de 8 de junho de 2009, relativa à intenção do Reino Unido de aceitar o Regulamento (CE) nº 4/2009 do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares [Jornal Oficial L 149 de 12.6.2009].

Decisão 2011/220/UE do Conselho, de 31 de março de 2011, relativa à assinatura, em nome da União Europeia, da Convenção da Haia de 23 de novembro de 2007 sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de Outros Membros da Família [Jornal Oficial L 93 de 7.4.2011].

Em virtude desta decisão, a UE assinou, em 6 de abril de 2011, a Convenção da Haia de 23 de novembro de 2007, que estabelece, entre as partes contratantes, um sistema mundial de cobrança das prestações de alimentos.

Decisão 2011/432/UE do Conselho, de 9 de junho de 2011, relativa à aprovação, pela União Europeia, da Convenção da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família [Jornal Oficial L 192 de 22.7.2011].

Decisão 2014/218/UE do Conselho, de 9 de abril de 2014, que altera os Anexos I, II e III da Decisão n.o2011/432/UE, relativa à aprovação, pela União Europeia, da Convenção da Haia, de 23 de novembro de 2007, sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em benefício dos Filhos e de outros Membros da Família [Jornal Oficial L 113 de 16.4.2014].

Em virtude destas decisões, a União depositou, em 9 de abril de 2014, o seu instrumento de aprovação da Convenção. A Convenção entrou em vigor em todos os países da UE, excetuando a Dinamarca, em 1 de agosto de 2014. Constitui um quadro global que permite resolver as questões associadas às obrigações alimentares com os outros Estados não pertencentes à UE signatários da Convenção.

---

42 Pode ainda ser negado o reconhecimento se tiver sido desrespeitado o disposto nas secções 3, 4 e 6 do capítulo II ou no caso previsto no artigo 72º.

II. O Protocolo de Lãs Leñas, assinado em 1992 entre a Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, regula a matéria do Reconhecimento e Execução de Sentenças e de Laudos Arbitrais no Capítulo V, aplicando-se ao reconhecimento e à execução das sentenças e dos laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados Partes em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa bem como às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciadas na esfera penal.

O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central e depende dos seguintes requisitos:

a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos nos Estados de origem.

b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;

c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;

d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;

e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;

f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.

Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral (artº 20º)

Quando estiver em causa uma sentença ou um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos factos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial ou arbitral no Estado requerido, o seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido.

Não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

De acordo com o artº 24º os procedimentos, inclusive a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, para fins de reconhecimento e execução das sentenças ou dos laudos arbitrais, serão regidos pela lei do Estado requerido.

b) Regime jurídico da revisão de decisões proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau.

Esta matéria consta dos artºs 1199º a 1205º do CPCM, estabelecendo o nº 1 do artº 1199º

que as decisões sobre direitos privados,[43] proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau, só têm aqui eficácia depois de estarem revistas e confirmadas.[44],[45] Isto se não existir disposição em contrário de convenção internacional aplicável em Macau, de acordo no domínio da cooperação judiciária ou de lei especial.[46],[47]

Por outro lado, diz também o artº 680º, nº 1 do mesmo diploma que "*Salvo disposição em contrário de convenção internacional aplicável em Macau ou de acordo no domínio da cooperação judiciária, as decisões proferidas por tribunais ou árbitros do exterior de Macau só podem servir de base à execução depois de revistas e confirmadas pelo competente tribunal de Macau".*

O regime em causa segue a tradição da legislação portuguesa, sendo também o vigente nos países de língua oficial portuguesa (antigas colónias de Portugal) [48] e abrange apenas a verificação formal da decisão, não apreciando o seu mérito, salvo no caso de decisão proferida contra residente de Macau e desde que este invoque em impugnação do pedido de revisão que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de conflitos de Macau (artº 1202º, nº 2 CPCM).

---

43 Por "**decisões**" devem entender-se não só as sentenças, como também acórdãos ou quaisquer despachos ou actos da autoridade judicial (ou os laudos dos árbitros) que condenem no cumprimento de uma obrigação. Neste sentido v. o Regulamento (CE) nº 44/2001 - artº 32º acima referido.

44 Esta revisão e confirmação é da competência do Tribunal de Segunda Instância que dela conhece em 1ª instância, tal como determina o artº 36º-13) da Lei nº 9/1999, de 20 de Dezembro de 1999. Desta decisão é admissível recurso ordinário para o Tribunal de Última Instância (artº 1205º, nº 1 do CPCM). Embora esta competência esteja prevista na Lei nº 9/1999, pensamos que faria sentido uma norma no CPC relativa esta competência, como sucede, aliás, noutros sistemas jurídicos. É que não faz sentido o nº 1 do artº 1205º, sem se referir previamente a competência em 1ª instância do Tribunal de Segunda Instância.

45 O CPC de Portugal apenas se refere actualmente à revisão e reconhecimento de "*decisão sobre direitos privados, proferida por tribunal estrangeiro"*, estando a matéria da revisão e reconhecimento de decisão arbitral proferida em arbitragem localizada no estrangeiro, prevista e regulada nos artºs 55º, 56º. e 59º, nº 1, alínea h) da Lei nº 63/2011, de 14 de Dezembro. O Decreto-Lei nº 29/96/M, de 11 de Junho, que aprovou o regime da arbitragem em Macau, no entanto, apenas regula a arbitragem interna, estabelecendo que a decisão arbitral tem a mesma força executiva que as sentenças do Tribunal de Competência Genérica, mas nada referindo quanto a decisões arbitrais proferidas no exterior, pelo que são aplicáveis as normas do CPC.

46 A falta de revisão e confirmação não impede, todavia, que a decisão possa ser invocada em processo pendente nos tribunais de Macau, mas, neste caso, funcionará como simples meio de prova sujeito à apreciação de quem deva julgar a causa (artº 1199º, nº 2 citado).

47 "*Para além desta prova plena, a sentença estrangeira tem ainda o efeito probatório dos factos que nela se constatam, podendo ser invocada em processo pendente em tribunal português como simples meio de prova de factos, ainda que essa prova possa ser contrariada pela parte contrária, e cujo valor probatório será livremente apreciado pelo julgador*" (Acórdão do STJ, de 16.12.1988- BMJ nº 382, págs. 187 e segs.)

48 Neste sentido v. artºs 1094º a 1102º do CPC da Guiné Bissau, 914º a 920º do CPC de Cabo Verde, 838º a 845º do CPC de Timor Leste, artºs 1094º a 1102º do CPC de Angola, por exemplo.

1. Requisitos legalmente exigidos para a confirmação

O pedido de revisão e reconhecimento inicia-se com uma petição inicial, dirigida ao Tribunal de Segunda Instância,[49] acompanhada do documento de que conste a decisão a rever.

Constituem requisitos necessários para o reconhecimento os seguintes:

1º) Que não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a decisão nem sobre a inteligibilidade da decisão.[50], [51],[52]

O reconhecimento da decisão proferida por tribunal exterior depende, desde logo, de o documento que a titula ser autêntico e de não existirem dúvidas sobre essa autenticidade. Este documento pode ser a própria sentença certificada pelo respectivo tribunal ou outro do qual resulte

---

49 O legislador do CPCM atribuiu a competência para revisão e reconhecimento da sentença e decisão arbitral do exterior em 1ª instância a um tribunal superior, seguindo a tradição portuguesa. Outros países seguiram também este modelo, nomeadamente os de língua oficial portuguesa, sendo certo, porém, que no Brasil, até há poucos anos, essa competência era atribuída pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o artº nº 105º, passou a ser da competência do Superior Tribunal de Justiça a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.
Outros países atribuíram essa competência a tribunais de 1ª instância, nomeadamente a Alemanha, o Canadá, a França e a Suíça (Para melhor informação sobre a atribuição desta competência a tribunais de 1`instância v. **Maria Priscila Furtado** - ANÁLISE DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PELO STJ "*in*" Internet.

50 "I. Para que uma sentença estrangeira seja confirmada, é necessário, além do mais, que "*não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão*"- artº. 1096º, alínea a), do CPC - e que «*o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do país do tribunal de origem e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes*" - al. e) do mesmo preceito.
II. Não exige contudo a lei que tal citação haja sido pessoal, podendo por isso ser edital, pois que o que aquela alínea e) impõe é que o réu tenha sido citado de forma regular, nos termos da lei do país do tribunal do processo, assim havendo sido devidamente assegurado o princípio do contraditório, mormente se, operada a citação edital, foi nomeado à parte defensor oficioso.
III. "*Inteligência da decisão"* é o mesmo que "*inteligibilidade da decisão*", sendo pois necessário e suficiente que o respectivo texto permita e possibilite apreender e compreender o exacto alcance do decidido na sentença sob revisão" (**Ac. STJ, de 12.11.1998 – Processo nº 98B858)**.

51 IV -A certidão ou fotocópia autenticada da sentença é um documento essencial, estruturante da própria acção de revisão e confirmação, e é por isso que, à respectiva apresentação ou junção nem sequer deve ser aplicado o regime previsto no CPC, em matéria de instrução do processo (arts. 523º e ss.).
V- Assim, se o problema é de dúvida sobre a autenticidade do documento não resta ao juiz outra atitude que não seja a de negar a confirmação, em sede de julgamento de mérito; mas, se o problema é simplesmente de direito probatório e se trata de ausência de autenticação do documento que contém a sentença, então o dever do juiz é o de convidar a parte interessada a legalizar, isto é, autenticar o documento, segundo as normas de direito probatório material portuguesas, sob pena de não prosseguimento da acção, aplicando o comando do nº 2, parte final, do artº. 508º, do CPC (que tem correspondência no artº. 477.°, n.° l, do CPC/67).
VI- A omissão do apontado convite, com evidentes reflexos no exame e decisão da causa, constitui nulidade secundária (artº. 201º, nº l do CPC) (**Ac. STJ, de 10.01.2002** Agravo n.° 2597/01-7ª Secção- Sumários, 1/2002).

52 " I - São suscetíveis de revisão, não só as sentenças estrangeiras, mas também os acórdãos e despachos" (Acórdão do STJ, de **10/24/1969- Processo nº 062664).**

ter sido proferida a decisão cujo reconhecimento se pretende.[53],[54]

A autenticidade presume-se, mas pode ser ilidida mediante prova em contrário, e pode ser excluída oficiosamente pelo tribunal quando seja manifesta pelos sinais exteriores do documento a sua falta de autenticidade; em caso de dúvida, pode o tribunal desenvolver as diligências necessárias a eliminar as suas dúvidas podendo pedir ao requerente os esclarecimentos necessários a fim de eliminar essas dúvidas, sob pena de não do reconhecimento

Existindo dúvidas que não seja possível superar, o reconhecimento não pode ter lugar.

Do mesmo modo, a "*decisão*" tem de revelar-se inteligível. [55] Quer isto dizer que a decisão não pode ser ambígua, obscura ou deixar dúvidas sobre o seu conteúdo. Da decisão tem de resultar com toda a clareza o resultado da demanda, em termos de definição dos direitos das partes.

53 Encontramos um exemplo de documento válido para este efeito, no Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa, de 07/03/2007 - Processo: 3908/2006-7, do seguinte teor: *" Não se suscitando dúvidas sobre a* ***autenticidade do documento*** *emitido pelas autoridades australianas* ***que certifica que a sentença de divórcio proferida pelo Tribunal daquele Estado em 17 Janeiro de 2006 produziu efeitos a partir de 18 Fevereiro de 2006, documento que aquele Estado emite destinado a comprovar o divórcio decretado judicialmente*** *e não competindo, em sede de revisão de sentença, o controlo de mérito da decisão, está assegurada a observância do disposto no artigo 1096º.º,alínea a) do Código de Processo Civil, impondo-se conceder a revisão e confirmação da sentença proferida pelas autoridades australianas (ver artigo 365.º do Código Civil e Convenção da Haia sobre Revisão de Sentenças de Divórcio e de Separação de 1 de Junho de 1970)".*

54 O artº 13º da Convenção de Haia sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial, estabelece o seguinte:

"*A parte que invoque o reconhecimento ou requeira a execução deve apresentar:*

1) Uma cópia integral e autêntica da decisão;
2) Tratando-se de uma decisão proferida sem a presença do réu, o original ou uma cópia certificada dos documentos que comprovem ter o acto introdutório da instância sido regularmente notificado ou dado a conhecer à parte revel;
3) Qualquer documento que comprove preencher a decisão as condições previstas pelo Artigo 4.º, primeiro parágrafo, n.º 2), e, sendo caso disso, pelo mesmo Artigo 4.º, segundo parágrafo;
4) Salvo dispensa da autoridade requerida, a tradução dos documentos acima mencionados, certificada quer por um agente diplomático ou consular, quer por tradutor ajuramentado ou jurado, quer por qualquer outra pessoa que para tal tenha sido devidamente autorizada num dos 2 Estados.
Se o conteúdo da decisão não permitir à autoridade requerida verificar que foram respeitadas as condições impostas pela Convenção, essa autoridade pode exigir quaisquer outros documentos considerados úteis.
Nenhuma outra legalização ou formalidade análoga poderá ser exigida".

55 A referência expressa a "*decisão*" implica que é a esta que se refere a inteligibilidade e não, por exemplo, aos factos ou à fundamentação da decisão .

2º) Que tenha transitado em julgado segundo a lei do local em que foi proferida.[56],[57]

Em obediência a este requisito, para que o reconhecimento possa ter lugar é necessário que a decisão seja definitiva, isto é, que no país (ou território) do tribunal onde foi proferida tenha transitado em julgado.

Sobre este requisito o artº 4º, nº 2 da Convenção de Haia estabelece que "*A decisão proferida num dos Estados contratantes deve ser reconhecida e declarada exequível nos outros Estados contratantes, de acordo com as disposições da presente Convenção:*

2) Se a decisão já não puder ser objecto de recurso ordinário no Estado de origem. [58], [59]

Para ser declarada exequível no Estado requerido deve a decisão ser exequível no Estado de origem".

56 " I- São suscetíveis de revisão, não só as sentenças estrangeiras, mas também os acórdãos e despachos.
II - Quando o tribunal não apure, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, que a decisão a rever não transitou em julgado, presume-se que concorre o requisito exigido pela alínea b) do artigo 1096 do Código de Processo Civil, ou seja, que ela transitou em julgado. O requerente está pois, dispensado de fazer a prova positiva e directa de tal requisito. E, assim, se o requerido impugnar o pedido com fundamento na falta desse requisito e não conseguir fazer a prova da sua alegação, subsiste a aludida presunção.
III - Não obsta ao trânsito em julgado o caracter provisório da decisão a rever, como é o caso de um despacho que fixa uma prestação de alimentos, suscetível de ser modificado no decurso de uma acção de divórcio.
IV - Na verificação do requisito exigido pela alínea f) do citado artigo 1096º - não conter a sentença "*decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa*" há que atender a decisão em si e não aos fundamentos em que assenta. E, assim, não contraria tais princípios um despacho que, no decurso de uma acção de divórcio, condena o marido a prestar alimentos a mulher, divorciada do primeiro marido por sentença estrangeira não confirmada em Portugal.
V - A circunstância de, posteriormente ao pedido de revisão desse despacho, haver sido decretado o divórcio entre a requerente e o seu segundo marido não implica a inutilidade da revisão. (**Acórdão do STJ, de 10/24/1969- Processo nº 062664**)

57 "Presume-se ter transitado em julgado a sentença que decretou o divórcio, caso o requerido não conteste a acção nem a revisão e a sentença tenha sido transcrita no Registo Civil do Estado estrangeiro que a decretou" (**Ac. RE, de 11.01.1990: BMJ, 393.-684**).

58 O artº 23º, nº 7 da Convenção de Haia, no entanto, admite em certos casos o reconhecimento e execução de decisões exequíveis no outro Estado, mesmo se elas puderem ainda ser objecto de um recurso ordinário, o mesmo acontecendo, com o artº 30º da Convenção de Bruxelas.

59 É este também o conceito de trânsito em julgado dado pelo artº 582º do CPCM *("A decisão considera-se transitada em julgado, logo que não seja susceptível de recurso ordinário, ou de reclamação nos termos dos artigos 571.º e 572.º ")*

3º) Que provenha de tribunal cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais de Macau.[60]

A decisão só será reconhecida se o tribunal que a proferiu tiver competência legal para o efeito, não podendo a mesma resultar de fraude à lei.

Por outro lado, também não pode haver reconhecimento se a matéria apreciada era da competência exclusiva dos tribunais de Macau.

De acordo com o artº 20º do CPCM "*A competência dos tribunais de Macau é exclusiva para apreciar:*

a) As acções relativas a direitos reais sobre imóveis situados em Macau;[61]

b) As acções destinadas a declarar a falência ou a insolvência de pessoas colectivas cuja sede se encontre em Macau".

Deste modo, será negado o reconhecimento se a sentença do exterior versar sobre qualquer destas matérias.

60 "I - Com a entrada em vigor do DL n.º 329-A/95, o obstáculo à revisão e confirmação de sentença estrangeira não é mais o ser proferida contra português, mas apenas a salvaguarda dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português.
III - Para a verificação do requisito exigido pela al. f) do art.1096.º, do CPC, há apenas que atender à decisão em si e não nos respectivos fundamentos.
IV -Não versando a acção em que foi decretado o divórcio entre requerente e requerido, em via principal, nem sequer em via incidental, sobre direitos reais ou pessoais de gozo, relativamente a imóveis sitos em Portugal, não estamos em face de acção da competência exclusiva dos tribunais portugueses, à face do art. 65 º-A, do CPC, pelo que infundada se mostra a alegada violação dos arts . 65.°-A e 1096.°, al . c), do CPC.
V-Deve conceder-se a revisão e confirmação da sentença proferida por um tribunal estrangeiro, se demandado antes do tribunal português, apesar do caso julgado que se possa ter formado relativamente à decisão deste (artº. 1096 .°, al . d), do CPC).
VI - Assim, tendo sido intentada acção de divórcio em primeiro lugar num tribunal suíço, que proferiu sentença em 06.02.1969, da qual não foi interposto recurso, não pode aquela decisão deixar de ser reconhecida, apesar de, posteriormente, ter sido instaurada uma acção em tribunal português que, por sentença de 4.4.1978, transitada em 14-4 do mesmo ano, decretou, igualmente o divórcio **(Ac. STJ,de 03.07.2008: Proc . 08B1733).**

61 Por acções relativas a direitos reais deve não deve entender-se *"toda e qualquer acção que se relacione como quer que seja indirectamente, ou se prenda a título secundário ou acessório com um direito real sobre imóvel, alheada do escopo garantístico de faculdades compreendidas na titularidade do direito, mas tão-somente aquelas que 'tendem a determinar a extensão, a consistência, a propriedade, a posse de um bem imóvel, ou a existência de outros direitos reais sobre estes bens, e a garantir aos respectivos titulares a protecção das prerrogativas emergentes dessa titularidade', tendo no direito real o seu objecto ou fundamento nuclear como causa petendi"* **(Acórdão do STJ de 13.01.2005 – Processo nº 3804/04 -2ª Secção)**

4º) Que não possa invocar-se a excepção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afecta a tribunal de Macau, excepto se foi o tribunal do exterior de Macau que preveniu a jurisdição.[62]

Um dos obstáculos ao reconhecimento é também a existência de litispendência ou caso julgado.

Estes conceitos são os que resultam do artº 416º do CPCM, segundo o qual ocorre litispendência se a causa se repete estando a anterior ainda em curso e caso julgado se a repetição se verifica depois de a primeira causa ter sido decidida por sentença que já não admita recurso ordinário.

O artº 417º refere depois que a causa se repete quando se propõe uma acção idêntica a outra quanto aos sujeitos, ao pedido e à causa de pedir, existindo identidade de sujeitos quando as partes são as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, identidade de pedido quando numa e noutra causa se pretende obter o mesmo efeito jurídico e identidade de causa de pedir quando a pretensão deduzida nas duas acções procede do mesmo facto jurídico, considerando-se como causa de pedir nas acções reais o facto jurídico de que deriva o direito real e, nas acções constitutivas e de anulação, o facto concreto ou a nulidade específica que a parte invoca para obter o efeito pretendido.

A litispendência deve ser deduzida na acção proposta em segundo lugar, considerando-se proposta em segundo lugar a acção para a qual o réu foi citado posteriormente e, se em ambas as acções a citação tiver sido feita no mesmo dia, a ordem das acções é determinada pela ordem de entrada das respectivas petições iniciais na secretaria (artº 418º do CPCM)

O citado artº 416º, nº 3 citado estabelece expressamente que "É irrelevante a pendência da causa perante jurisdição do exterior de Macau, salvo se outra for a solução estabelecida em convenção internacional aplicável em Macau ou em acordo no domínio da cooperação judiciária". Isto quer dizer que, salvo solução em contrário resultante de convenção internacional aplicável em Macau ou em acordo no domínio da cooperação judiciária, pode existir uma acção instaurada em Macau contra determinada pessoa com o mesmo pedido e causa de pedir, de outra acção idêntica instaurada em tribunal do exterior de Macau, sem que essa situação configure litispendência.

Regressando agora à matéria do reconhecimento, vejamos qual o alcance do disposto no artº 1200º, alínea d) do CPCM e como se relaciona com o transcrito nº 3 do artº 416º.

Em matéria de litispendência, impeditiva do reconhecimento, existem várias soluções possíveis.

Uma solução é a de considerar que a litispendência nunca é impeditiva do reconhecimento

62
"1- Uma sentença estrangeira não pode ser confirmada quando, em tribunal português, esteja pendente ou tenha sido decidida acção idêntica àquela onde foi proferida a sentença revidenda, a não ser que, sendo ambos os tribunais competentes, segundo a lei portuguesa, a acção do tribunal estrangeiro tenha sido instaurada antes da que foi proposta em Portugal. 2.-Assim, dando o requerido suficiente notícia no processo de revisão, da pendência de acção de divórcio em tribunal português, para fundamentar a invocação de excepção de litispendência e não tendo a Relação dela tomado conhecimento no Acórdão proferido, incorreu em omissão de pronúncia, uma vez que a excepção era de conhecimento oficioso e foi violado o preceituado na última parte do nº 2 do artº. 660º do CPC e na última parte do artº. 1101.°
3.De harmonia com o disposto no n.° 1 do artº. 666º do CPC, aplicável à 2ª instância por força do n.° 1 do artº. 716º, só a prolação do Acórdão e não a inscrição do processo em tabela para julgamento, é que faz extinguir o poder jurisdicional dos julgadores quanto à matéria da causa".(**Ac. STJ, de 02.02.1993: CJ Acs. STJ, 1993, L-108).**

e, obtido este, o interessado pode pôr termo à instância no país do reconhecimento mediante invocação da excepção do caso julgado.

Outra solução adoptada por outros países é a de que, proposta a acção no Estado do reconhecimento antes da decisão revidenda ser reconhecida e transitada em julgado, o reconhecimento não poderá será obtido.

Outra solução (que vigora em Portugal [63] e está também presente no artº 1200º, nº 1, alínea d) do CPCM e no nº 3, alínea a) do artº 5º da Convenção da Haia de 1966 [64]) vai no sentido de que a litispendência só relevará, conduzindo à recusa do reconhecimento, se a acção tiver sido instaurada em primeiro lugar no Estado de reconhecimento. [65]

Portanto, o facto de estar pendente litígio entre as mesmas partes e com os mesmos factos e o mesmo objecto, no Estado de reconhecimento, este pode ter lugar se a acção foi instaurada em primeiro lugar no estado de origem.[66]

5º) Que o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do local do tribunal de origem, e que no processo tenham sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes.

Do processo de revisão e confirmação de sentença estrangeira devem constar os elementos necessários no sentido de se apurar se o requerido foi regularmente citado e se a sentença a rever transitou em julgado (Ac. STJ, de 04.04.2002, Revista. n° 797/02-2: Sumários, 4/2002).

Esta alínea refere-se a direitos fundamentais do réu relativamente ao processo que, se postergados, determinam a negação do reconhecimento e apresentam alguma relação com a alínea f)

---

63 "*Para que a sentença seja confirmada é necessário: d) Que não possa invocar-se a exceção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal português, exceto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição*" (artº 980º do CPC).

64 "*O reconhecimento ou a execução de uma decisão podem ser, todavia, recusados em qualquer dos seguintes casos: 3) Haver um litígio entre as mesmas partes, fundado nos mesmos factos, e tendo o mesmo objecto:*
a) Que esteja pendente perante um tribunal do Estado requerido, que dele tomou conhecimento em primeiro lugar; ou
b) Que tenha dado lugar a uma decisão proferida no Estado requerido (artº 5º).

65 Sobre esta matéria o Regulamento (CE) n.° 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial estabelece nos seus artºs 27º e 30º, respectivamente, o seguinte: "*1. Quando acções com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar.*
2. Quando estiver estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar, o segundo tribunal declara-se incompetente em favor daquele".
"Para efeitos da presente secção, considera-se que a acção está submetida à apreciação do tribunal:
1. Na data em que é apresentado ao tribunal o acto que determina o início da instância ou um acto equivalente, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ao requerido; ou
2. Se o acto tiver de ser citado antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o acto seja apresentado ao tribunal".

66 Sobre esta matéria e para melhor estudo, v. A. Ferrer Correia - Estudos Vários de Direito, Coimbra 1982, págs. 159 e segs. "in"
https://books.google.com/books?id=7KNhWb0JoksC&printsec=frontcover&hl=zh-TW#v=onepage&q&f=false

relativamente à violação da ordem pública e a que adiante nos referiremos.

A citação constitui um acto absolutamente fundamental para que o réu possa exercer o seu direito de defesa, quer contestando os factos, quer apresentando provas, etc. [67]

Assim, se o réu não tiver sido regularmente citado para a acção, de acordo com as leis processuais do país de origem, fica desde logo afastado o reconhecimento.

Isto significa que o réu pode não ter sido citado, mas se tiverem sido observadas as regras processuais aplicáveis nesse caso no país de origem, o reconhecimento já é admissível.[68]

Do mesmo modo, o princípio do contraditório constitui um direito fundamental dando ao réu a oportunidade de contradizer os factos da acção e de ser ouvido em todas as questões ali suscitadas.[69]

Por outro lado, o princípio da igualdade das partes impõe ao tribunal o dever de assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais (artº 4º do CPC da Macau).

---

67 No direito interno de Macau a falta de citação do réu determina a nulidade de tudo o que se processe depois da petição inicial, salvando-se apenas esta (artº 140º do CPCM).

68 "1 -O Tribunal requerido não pode censurar, os termos processuais seguidos pela lei do processo do Estado de origem.
2. -Não basta que o opositor à revisão alegue que não foi respeitado no Estado de origem, o princípio da defesa ou da oportunidade do contraditório. É preciso que mostre alguma consistência probatória no que afirma, ainda que ao Tribunal caiba a oficiosidade de conhecimento que resulta do artº. 1101° do C.P .Civil, se tiver elementos de sindicância correspondentes. 3- Uma decisão proferida a título incidental no processo de origem e que declara não se verificar nulidade de citação nesse mesmo processo, donde emerge a decisão a rever, não carece de revisão autónoma, como condição de procedência do pedido de revisão da decisão emergente, proferida a título principal no dito processo de origem". **(Acórdão do STJ, de 07.10.2004 – Processo nº 04B2879).**

69 "***1.*** *O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e à outra seja facultada a oportunidade de deduzir oposição.*
2. *Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida.*
3. *O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem".* (artº 3º do CPC de Macau)

6º) Que não contenha decisão cuja confirmação conduza a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública.[70], [71]

A expressão "*ordem pública*", como se depreende do respectivo contexto, nada tem a ver com as leis de ordem pública destinadas a garantir a segurança de bens e pessoas de determinada Estado.

Com efeito, por "ordem pública" entende-se aqui *"um corpo indefinido, embora definível, de princípios fundamentais da ordem jurídica de um determinado estado que integra os valores essenciais de ordem ética, económica e social próprios desse estado.*

Não é imutável, pois varia no tempo conforme a mutação dos valores ou das necessidades sentidas pela comunidade respetiva.

No entanto, apresenta-se e mantêm-se no tempo com elevado grau de estabilidade e constância.

… a ordem pública constitui um complexo normativo de conteúdo-ético-sócio-económico formado por certas normas de direito positivo e por princípios e valores fundamentais de uma comunidade juridicamente organizada, aplicável no espaço respectivo com prevalência sobre outras normas, princípios ou valores de uma ordem jurídica estrangeira estranhos ou conflituantes com ela".[72]

Segundo A. Ferrer Correia,[73] "*a ordem pública internacional é um conceito indeterminado que não pode definir-se pelo seu conteúdo, mas pela função: como o expediente que permite evitar que situações jurídicas dependentes de um direito estrangeiro e incompatíveis com postulados basilares do direito nacional venham inserir-se na ordem sócio-jurídica do Estado do foro e fiquem a poluí-la. Do que se trata, portanto, é de comparar os resultados da aplicação de duas leis – a lei normalmente competente e a* lex fori *– a um mesmo caso, de apreciar as consequências na ordem sócio-jurídica do foro de aplicação da primeira dessas leis – de emitir um juízo de valor concreto, ou sobre algo de concreto".*

De entre os princípios que constituem a ordem pública, e que podem ser de natureza substantiva ou processual, podemos enunciar os seguintes:

---

70 "I. A omissão de tentativa de conciliação, num processo de divórcio no estrangeiro, não é manifesta ou clamorosamente ofensiva dos princípios da ordem pública internacional do Estado Português, quando haja intenção expressa de não reconciliação.
II. Não podem ser consideradas daquela ordem as tentativas prévias de conciliação, como bem demonstra a respectiva dispensabilidade na hipótese de réu ausente em parte incerta, contemplada no nº 6 do artº. 1407º do Cód. Proc . Civil de 1995, com a correspondente substituição por citação edital" **(Ac. STJ, de 02.03.2000- Sumários, 39º-33)**

71 "I. Para a verificação do requisito exigido pela al. f) do artº. 1096º, do Cód. Proc. Civil, há apenas que atender à decisão em si e não nos respectivos fundamentos.
II. A decisão contida na sentença estrangeira a rever - conversão em divórcio da separação judicial de pessoas e de bens - não conduz a um resultado incompatível com os princípios de ordem pública internacional do Estado Português, tanto mais que o nosso ordenamento jurídico também admite o divórcio baseado em tal situação **(Ac. STJ, de 20.06.2000- Sumários, 42º-23).**

72 Seguimos aqui **Manuel Pereira Barrocas**: "A Ordem Pública na arbitragem", págs. 38 e segs.
http://www.oa.pt/upl/%7Ba3c0fd19-433b-4558-8aa0-f412022d855b%7D.pdf

73 Lições de Direito Internacional Privado, 1973, págs. 564 e 565.

De natureza substantiva: proibição da escravidão, da servidão, da morte civil, da discriminação racial, observância dos princípios "*pacta sunt servanda*" e "*fraus omnia corrumpit*" (a fraude tudo corrompe o que determina a nulidade da decisão e impede o reconhecimento, como resulta da alínea e) do nº 1 do artº 1200º acima citado), proibição do enriquecimento sem causa.

De natureza processual: a citação regular, a fundamentação da decisão, o "*due processo of law*", o contraditório, o princípio da igualdade de armas, etc.

Embora a alínea em apreciação refira apenas "*ordem pública*", não se referindo se se trata da ordem pública internacional, ou da RAEM, entendemos que é de interpretar da mesma forma que a norma correspondente do CPC português, reportando-se à ordem pública internacional da RAEM.

Nesse contexto entendia a doutrina que com tal reserva se visava "*afastar o direito estrangeiro de cuja aplicação ao caso resultaria uma lesão grave para a boa harmonia e equilíbrio da nossa ordem jurídica ou ofensa dos seus propósitos mais essenciais, significando a sua intervenção, portanto, uma excepção* à *aplicação da ordem jurídica designada como competente".*[74]

Portanto, não será reconhecida decisão que viole os princípios de ordem pública internacional da RAEM.[75]

2.Impugnação do pedido de revisão

O pedido **só** pode ser impugnado com fundamento na falta de qualquer dos requisitos mencionados no artigo 1200.º ou na verificação de algum dos factos previstos nas alíneas a), c) e g) do artigo 653.º [76] (artº1202º, nº 1 do CPCM).

Embora o advérbio "*só*" pareça ser taxativo, afastando outros requisitos de impugnação, o

---

74 **Baptista Machado** – Lições de Direito Internacional Privado, 2ª edição, pág. 257.

75 A verificação deste princípio pode determinar a apreciação do mérito da decisão revidenda.
"Nosso sistema de incorporação das decisões alienígenas ao direito brasileiro, anteriormente empreendido pelo STF, é atualmente denominado de '*delibação moderada*', uma vez que para se aferir suposta ofensa à ordem pública, torna-se necessária uma verificação perfunctória do mérito da questão para possibilitar tal decretação. Efetivamente, a ofensa a ordem pública raramente se encontra na forma do ato, mas sim em seu conteúdo ou na forma pela qual foi materialmente conduzida a demanda estrangeira, ainda que em consonância com a lei do foro". **(**Professor **Cláudio Finkesltein,** citado "in" Análise dos Limites e Possibilidades da Ordem Pública Processual Internacional na Homologação de Sentença Estrangeira pelo STJ – Maria Priscila Mendonça Furtado, pág. 24. acima citada)

"I - Na revisão e confirmação de sentença estrangeira a legislação portuguesa adopta um sistema de revisão meramente formal, com excepção do disposto nas alíneas f) e g) do artigo 1096º do Código de Processo Civil, que envolve revisão de mérito.
II - Excepção a esta conclusão vem sendo jurisprudencialmente admitida quando o vencido na acção e cidadão português e não foi ele que requereu a revisão e confirmação". **(Acórdão do STJ, de 02/20/1990 – Processo nº 078528)**

76 Que estabelecem, respectivamente, o seguinte:
a) Quando se mostre, por sentença transitada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz ou de algum dos juízes que na decisão intervieram;
c) Quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento ou de que não tivesse podido fazer uso no processo em que a decisão foi proferida, sendo o documento suficiente, por si só, para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;
g) Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente. (artº 653º, "*ex vi"* artº 1202º, nº 1, ambos do CPCM).

nº 2 permite excepcionalmente o uso de outro fundamento de impugnação a que mais adiante nos referiremos em pormenor.

3.Ónus da prova

Os requisitos das alíneas a) e f) do artigo 1200º, são verificados oficiosamente pelo tribunal, pelo que nem sequer carecem de ser invocados.

Quanto aos requisitos exigidos nas alíneas b), c), d) e e) do mesmo preceito, o tribunal poderá negar também oficiosamente a confirmação quando, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apure que falta algum dos requisitos exigidos nas alíneas b), c), d) e e) do mesmo preceito.[77]

Deste modo, cabe desde logo ao tribunal verificar oficiosamente da autenticidade do documento de que conste a decisão e da inteligibilidade desta, bem como verificar se a decisão cuja confirmação se pretende conduz a um resultado manifestamente incompatível com a ordem pública.

Se estes requisitos estiverem preenchidos, o tribunal verificará também oficiosamente, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, se estão preenchidos os requisitos exigidos nas alíneas b), c), d) e e) do mesmo preceito, negando o reconhecimento caso se não verifiquem.

Todos estes requisitos são cumulativos sendo certo, porém, que se presume a sua verificação, caso não se apurem elementos que os afastem.

Já necessitam de invocação e prova, por parte do requerido, os seguintes factos:

a) Quando se mostre, por sentença transitada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz ou de algum dos juízes que na decisão intervieram;

c) Quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento ou de que não tivesse podido fazer uso no processo em que a decisão foi proferida, sendo o documento suficiente, por si só, para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida;

g) Quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente (artº 653º, "*ex vi"* artº 1202º, ambos do CPCM).

Carece também de alegação e prova o requisito enunciado no nº 2 do artº 1202º para que o tribunal possa apreciar o mérito da decisão a rever. Assim, se desejar esta apreciação, na respectiva impugnação deverá o requerido alegar e provar:

a) que era residente de Macau à data em que foi proferida a decisão revidenda;

b) que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de confli-

77 "1. Segundo o artº. 1101 ° do Cód. Proc. Civil, o Tribunal da Relação negará a confirmação da sentença estrangeira quando, pelo exame do processo ou por conhecimento derivado do exercício das suas funções, apura que falta algum dos requisitos exigidos nas ais. b), c), d) e e) do art. 1096º' do referido Código .
2.Assim, o Tribunal não poderá negar a confirmação se, por falta de elementos, for impossível concluir se tais requisitos se verificam ou não (Ac. RL, de 14.02 .1975: BMJ, 244-312).

tos de Macau.[78],[79]

c) O caso concreto:

1. A sentença revidenda constitui caso julgado material?

Uma das questões suscitadas pela requerida e tratada no acórdão foi a de saber se a decisão revidenda pode ser considerada como caso julgado material.

A requerida veio alegar que a sentença não constitui caso julgado material por não ter conhecido do mérito da acção. Por outro lado, no direito norte-americano a prescrição não é um instituto de direito substantivo pelo que nada impediria a propositura de nova acção no mesmo ou noutro tribunal sobre a mesma questão.

O TUI – a nosso ver bem – julgou improcedente esta alegação entendendo que a decisão tem o efeito de conhecimento de mérito e efeito preclusivo.

Apreciemos então esta questão.

No direito norte americano existem os institutos da "dismissal with prejudice" e da "dismissal without prejudice", as quais procuram essencialmente promover a celeridade e eficiência da administração da justiça retirando dos tribunais matérias que muitas vezes representam meras manobras dilatórias em prejuízo dos réus.

Estes institutos, no entanto, possuem efeitos distintos.

Assim, a "*dismissal with prejudice*" constitui julgamento de mérito, ou pelo menos é-lhe atribuído esse efeito, impedindo o autor de voltar a propor no futuro e contra o mesmo réu uma nova acção relativa aos mesmos factos, pedido e causa de pedir. Uma decisão desta natureza constitui,

78 "I.Sendo os cônjuges de nacionalidade portuguesa, o divórcio é regulado pela lei portuguesa.
II - Para que a sentença seja confirmada, é necessário que o súbdito português, vencido, tenha sido tratado pelo tribunal estrangeiro como teria sido tratado pelo tribunal português se a acção tivesse corrido em Portugal.
III - Se o cidadão português contra quem é proferida a sentença estrangeira aceita a decisão, não se justifica a revisão de mérito, devendo seguir-se a revisão formal e confirmar a sentença em causa. (**Acórdão do STJ, de 09/23/1997- Processo nº 97A302)**

79 "1. O sistema do direito português é o da revisão formal, embora com certos desvios a favor da revisão de mérito .
2.Com a reforma de 1995, o privilégio da nacionalidade deixou de ser considerado requisito de reconhecimento, passando a ser configurado como obstáculo ao reconhecimento, cuja invocação fica reservada à iniciativa da parte interessada e subtraída ao conhecimento oficioso do tribunal.
3. Ainda que o procedimento imposto ao tribunal constitua verdadeira revisão de mérito, nem mesmo nesse caso o tribunal revisor procede a segundo julgamento da causa: tudo quanto ele faz, como conclusão do seu trabalho, é conceder ou denegar o reconhecimento da sentença do tribunal de origem" **(Ac. RL, de 15.01.2008 - Proc. 8350/2007).**

por isso, "res judicata" sobre qualquer questão suscitada na acção.[80] Dada a gravidade de uma decisão desta natureza para o autor, ela é usada em casos graves como quando se apure que a acção tem carácter vexatório, que o autor actua de má fé ou quando este deixe de exercer o impulso processual por determinado período de tempo.[81]

A "*dismissal without prejudice*" constitui o oposto da anterior, quanto aos seus efeitos, não impedindo o autor de propor nova acção contra o mesmo réu e invocação dos mesmos factos. Embora o processo cesse no tribunal, não termina a controvérsia de mérito que poderá ser renovada através de nova acção. É usada em casos de erros do processo que não prejudicam os direitos do réu, em casos de súbita indisponibilidade de apresentação de testemunhas, etc.[82]

Este regime consta das *Nevada Rules of Civil Procedure (Rule 41) e das Federal Rules of Civil Procedure (Rule 41),* do seguinte teor, respectivamente*:*

"Rule 41. Dismissal of Actions

(a) Voluntary Dismissal: Effect Thereof.

(1) By Plaintiff; by Stipulation. Subject to the provisions of Rule 23(e), of Rule 66, and of any statute, an action may be dismissed by the plaintiff upon repayment of defendants' filing fees, without order of court (i) by filing a notice of dismissal at any time before service by the adverse party of an answer or of a motion for summary judgment, whichever first occurs, or (ii) by filing a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared in the action. Unless otherwise stated in the notice of dismissal or stipulation, the dismissal is without prejudice, except that a notice of dismissal operates as an adjudication upon the merits when filed by a plaintiff who has once dismissed in any court of the United States or of any state an action based on or including the same claim.

(2) By Order of Court. Except as provided in subdivision (a)(1) of this rule, an action

---

80 "*A case dismissed with prejudice is over and done with, once and for all, and can't be brought back to court*". "*A civil matter which is "dismissed with prejudice" is over forever. This is a final judgement, not subject to further action, which bars the plaintiff from bringing any other lawsuit based on the claim".* "*A dismissal with prejudice is dismissal of a case on merits after adjudication. The plaintiff is barred from bringing an action on the same claim. Dismissal with prejudice is a final judgment and the case becomes res judicata on the claims that were or could have been brought in it".*
Conforme se escreveu no caso **Schuster v Northern Co.**, Nº. 9099 -**Supreme Court of Montana, "in"** http://law.justia.com/cases/montana/supreme-court/1953/257-p-2d-249.html
"The term *with prejudice* as used in a judgment of dismissal ... is the converse of the term **without prejudice**, and a judgment or decree of dismissal with prejudice is as conclusive of the rights of the parties as if the suit had been prosecuted to a final adjudication adverse to the plaintiff.
"The terms *with prejudice* and **without prejudice** have been recognized as having reference to, and being determinative of, the right to bring a future action".

81 De certo modo, existe alguma semelhança deste instituto, quanto aos efeitos, com as excepções peremptórias a que se refere o artº 412º, nº 3 do CPCM segundo o qual "***3.*** *As excepções* ***peremptórias*** *importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor", onde se incluem, por exemplo, a prescrição, o pagamento, a caducidade do direito de acção.* Deste modo, a acção não pode ser renovada.

82 Neste caso, e quanto aos efeitos, este instituto tem alguma semelhança com as excepções dilatórias previstas nos artºs 412º, nº 2 e 413º do CPCM, já que estas obstam a que o tribunal conheça do mérito da causa e dão lugar, consoante os casos, à absolvição da instância ou à remessa do processo para outro tribunal, não constituindo, portanto, "res judicata" e não impedindo, por isso, a instauração de nova acção contra o mesmo sujeito, o mesmo pedido e causa de pedir.

shall not be dismissed at the plaintiff's instance save upon order of the court and upon such terms and conditions as the court deems proper. If a counterclaim has been pleaded by a defendant prior to the service upon the defendant of the plaintiff's motion to dismiss, the action shall not be dismissed against the defendant's objection unless the counterclaim can remain pending for independent adjudication by the court. Unless otherwise specified in the order, a dismissal under this paragraph is without prejudice. [As amended; effective January 1, 2005.]

(b) Involuntary Dismissal: Effect Thereof. For failure of the plaintiff to comply with these rules or any order of court, a defendant may move for dismissal of an action or of any claim against the defendant. Unless the court in its order for dismissal otherwise specifies, a dismissal under this subdivision and any dismissal not provided for in this rule, other than a dismissal for lack of jurisdiction, for improper venue, or for failure to join a party under Rule 19, operates as an adjudication upon the merits. [As amended; effective January 1, 2005.] [83]

"RULE 41. DISMISSAL OF ACTIONS

a) **Voluntary Dismissal**

(1) *By the Plaintiff.*

(A) *Without a Court Order.* Subject to Rules 23(e), 23.1(c), 23.2, and 66 and any applicable federal statute, the plaintiff may dismiss an action without a court order by filing:

(i) a notice of dismissal before the opposing party serves either an answer or a motion for summary judgment; or

(ii) a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared.

(B) *Effect.* Unless the notice or stipulation states otherwise, the dismissal is without prejudice. But if the plaintiff previously dismissed any federal- or state-court action based on or including the same claim, a notice of dismissal operates as an adjudication on the merits.

(2) *By Court Order; Effect.* Except as provided in Rule 41(a)(1), an action may be dismissed at the plaintiff's request only by court order, on terms that the court considers proper. If a defendant has pleaded a counterclaim before being served with the plaintiff's motion to dismiss, the action may be dismissed over the defendant's objection only if the counterclaim can remain pending for independent adjudication. Unless the order states otherwise, a dismissal under this paragraph (2) is without prejudice.

(b) **Involuntary Dismissal; Effect**. If the plaintiff fails to prosecute or to comply with these rules or a court order, a defendant may move to dismiss the action or any claim against it. Unless the dismissal order states otherwise, a dismissal under this subdivision (b) and any dismissal not under this rule—except one for lack of jurisdiction, improper venue, or failure to join a party under Rule 19 - operates as an adjudication on the merits". [84]

No caso concreto, a decisão proferida pelo *United States District Court of Nevada* de 16 de Agosto de 2007, (parcialmente confirmada pelo *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* em 10 de Abril de 2009) determinou expressamente:

«*It is hereby ordered that the Plaintiff's Complaint be dismissed on the merits and with pre-*

83 "In" http://www.leg.state.nv.us/courtrules/nrcp.html

84 "In" https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-vi-trials/rule-41-dismissal-of-actions/

judice. This is a final order for purposes of appeal.»

Não consta que o *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit tenha modificado esta* decisão quanto ao alcance do juízo de improcedência da acção proferido pelo Tribunal de 1ª Instância.

De acordo com a "Rule 41- b)" acima transcrita e correspondente em ambos os diplomas, a "*dismissal with prejudice*" só não operará *"as an adjudication on the merits"* nos casos de falta de jurisdição, incompetência territorial do tribunal ou falta de intervenção de alguma parte que na acção deva intervir ao abrigo da "*Rule nº 19"*. A "*dismissal with prejudice*" admite, por isso recurso, podendo o tribunal superior alterar o efeito. No caso concreto, não havendo notícia de esse efeito ter sido alterado pelo tribunal de recurso, a decisão consolidou-se nada mais cabendo ao tribunal de reconhecimento do que aceitar a decisão.[85]

2. Sendo a requerida uma pessoa colectiva, beneficia do disposto no artº 1202º, nº 2 do CPCM?

O artº 1202º, nº 2 do CPCM estabelece o seguinte:

"2. *Se a decisão tiver sido proferida contra residente de Macau, a impugnação pode ainda fundar-se em que o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau, quando por este devesse ser resolvida a questão, segundo as normas de conflitos de Macau".*

No direito processual civil português anterior à reforma operada pelo Decreto-lei nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, (CPC de 1939 e CPC de 1961), a norma equivalente à transcrita era considerada como "*privilégio da nacionalidade*" na medida em que previa a aplicação das disposições do direito privado português quando fosse este o competente segundo as regras de conflitos do direito português, constituindo um dos requisitos necessários para a confirmação da sentença estrangeira.

Assim, se a sentença ofendesse aquelas disposições a mesma não poderia ser reconhecida.

Após as alterações operadas no CPC pelo DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, este requisito do reconhecimento passou a ser configurado como obstáculo ao reconhecimento ficando reservado à iniciativa da parte interessada (*Preâmbulo do citado DL* nº *329-A/95*) E, deste modo, esta questão deixou de ser apreciada oficiosamente cabendo a sua invocação e prova ao requerido o qual pode abster-se de invocar este direito.

A norma do CPCM acima transcrita corresponde ao actual artº 983º, nº 2 do CPC português, de redação semelhante, adaptada à realidade da RAEM, mas em que a nacionalidade é referida também quanto às pessoas colectivas, constituindo também, não um requisito do reconhecimento, mas um obstáculo ao mesmo, que o requerido deverá invocar e provar a fim de ser negado o reconhecimento.

Sendo assim, uma vez que a norma do artº 1202º apenas refere "*residente de Macau"* necessário é apurar qual o alcance desta frase e se nela se englobam pessoas colectivas.

No âmbito das pessoas singulares o conceito de residente de Macau (RAEM) é-nos dado pelo artº 24º da Lei Básica no qual se estabelece o seguinte:

85 Para melhor estudo desta questão v. o caso International Philanthropic Hospital Foundation D/B/a Granada Hills Community Hospital, a California Nonprofit Corporation v. the United States., 621 F.2d 402 (Fed. Cir. 1980 "in" http://federal-circuits.vlex.com/vid/philanthropic-granada-hills-nonprofit-38403071 , no qual se revoga uma decisão de "dismissal With prejudice"

Os **residentes** da Região Administrativa Especial de Macau, abreviadamente denominados como residentes de Macau, **abrangem** os residentes permanentes e os residentes não permanentes.[86]

Releva ainda o artº 25º que estabelece que os **residentes** de Macau são iguais perante a lei.

Tanto basta para que o direito de impugnação seja reconhecido, quer a residentes permanentes quer a não permanentes.

Porque o transcrito artº 1202º, nº 2 nada refere quanto às pessoas colectivas devemos daí concluir que as mesmas não gozam daquele direito de impugnação?

Desde já diremos que não, concordando inteiramente com o acórdão quando nele se refere que o legislador do CPCM apenas se preocupou em adaptar o conceito de nacionalidade, que não releva na RAEM, ao conceito de residente previsto na Lei Básica, de modo nenhum se pretendendo excluir as pessoas colectivas.

Por isso, o fundamento para esse direito tem de ser encontrado noutras normas, nomeadamente no Código Civil.

Ora, de acordo com o artº 31º do Código Civil de Macau, "*A pessoa colectiva tem como lei pessoal a lei do lugar onde se encontra situada a sede principal e efectiva da sua administração".*

Por sua vez, acrescenta o artº 143º que "*A sede da pessoa colectiva é a que os respectivos estatutos fixarem ou, na falta de designação estatutária, o lugar em que funciona normalmente a administração principal*"

Adaptando estes conceitos e relacionando-os com o conceito de residente da Lei Básica, podemos entender como "*residente"* a pessoa colectiva que tem a *sede principal e efectiva da sua administração na RAEM.*

Sendo assim, a requerida poderia beneficiar do direito concedido pelo transcrito nº 2 do artº 1202º, como se decidiu no acórdão.

E, assim, o mérito da sentença revidenda teria de ser apreciado de modo a apurar- se se o resultado da acção lhe teria sido mais favorável se tivesse sido aplicado o direito material de Macau.

Porém, uma vez que esse direito dependia da alegação e prova da qualidade de "*residente"* (nos termos expostos acima e no acórdão), na sua falta, outra coisa o TUI não poderia ter feito que não fosse negar provimento ao recurso mantendo a decisão do Tribunal de Segunda Instância.

Região Administrativa Especial de Macau

janeiro de 2016

86 Sobre esta matéria v. também a Lei nº 8/1999, de 20 de Dezembro.

LEGISLAÇÃO COMENTADA

BREVES NOTAS SOBRE O INSTITUTO DA "ENTREGA DE INFRACTORES EM FUGA" NA REGIÃO ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAU

ILDA CRISTINA FERREIRA[1]*

Sumári

I. Intróito, II. Breve contextualização do estatuto jurídico-político de Macau, III. Principais características do ordenamento jurídico da RAEM, IV. Aspectos fundamentais do regime da cooperação judiciária em matéria penal da RAEM, V. Aspectos fundamentais do instituto da "Entrega de infractores em fuga", VI. O sistema de notificação ao Governo Popular Central e VII. Conclusões.

I. Intróito

O presente artigo é uma breve exposição do instituto da "Entrega de infractores em fuga" criado no quadro da Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM). Este instituto similar ao da extradição, permite oferecer e solicitar cooperação a outros Estados ou Regiões em termos análogos aos da extradição (*aut dedere aut iudicare*).

Em virtude de a extradição, ser um instituto de direito internacional público tradicionalmente reservado a Estados soberanos e sendo Macau uma parte integrante e inalienável da República Popular da China (RPC), não obstante o seu alto grau de autonomia – ser uma Região Administrativa Especial da RPC- houve que a dotar de um instrumento que permitisse a cooperação na esfera judiciária com outras jurisdições, moldando-o às suas especificidades jurídico-políticas.

Convém referir que o presente texto é um parco contributo cujo objectivo é dar a conhecer os princípios basilares, bem como os principais dispositivos e procedimentos legais que regem a cooperação judiciária em matéria penal em Macau, tendo como figura central o instituto da "Entrega de infractores em fuga", não pretendendo ser uma análise exaustiva do mesmo.

II. Breve contextualização do estatuto jurídico-político de Macau

A reassumpção da soberania de Macau pela RPC ocorreu no dia 20 de Dezembro de 1999, de acordo com o artigo 31.º e o parágrafo 13 do artigo 62.º da Constituição da RPC por Decisão adoptada, em 31 de Março de 1993, pela I Sessão da VIII Legislatura da Assembleia Popular Nacional (APN) da RPC, de harmonia com o princípio "*Um país, dois sistemas*" e de acordo com a Declaração Conjunta sobre a Questão de Macau (DC)[2], assinada em 13 de Abril de 1987, entre o Governo da RPC

1 Este texto é uma reprodução integral de um contributo da autora para uma edição especial, coordenada por José Pina Delgado, dedicada ao tema da Extradição. À data a autora era jurista do Gabinete para os Assuntos do Direito Internacional da RAEM. O texto é da exclusiva responsabilidade da autora, não podendo as opiniões nele expressas ser imputadas a qualquer pessoa ou entidade. Texto publicado em Aspectos Polémicos da Extradição em Cabo Verde e no Espaço Lusófono – nacionalidade, Penas Aplicáveis e Institutos Afins, Organizadores: José Pina Delgado, Jorge Carlos Fonseca e Liriam Tijuco Delgado, Editores: Fundação Direito e Justiça & Instituto Superior de Ciências e Jurídicas e Socias, Praia, 2009, pág.s 269-293.

2 A DC é um tratado internacional bilateral entre dois Estados soberanos, depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas ao abrigo do artigo 102.º da Carta das Nações Unidas.

e o Governo Português.

Nessa data, Macau deixou de ser território sob administração Portuguesa e passou a ser uma parte integrante e inalienável da RPC, sob o nome: *Região Administrativa Especial de Macau*, tendo entrado, igualmente, em vigor a Lei Básica da RAEM (LB).[3] [4] Esta Lei, de reconhecido valor constitucional, prevalece sobre as demais leis ordinárias da RAEM.[5]

A LB estabelece a estrutura político-institucional da Região, os seus princípios gerais, os direitos e deveres fundamentais dos residentes, as normas sobre o relacionamento entre as autoridades centrais e a RAEM, as normas atinentes à economia, cultura e assuntos sociais, assuntos externos, assim como à interpretação e revisão da própria LB.

A RAEM é dotada de um elevado grau de autonomia e goza de poderes executivo, legislativo e judicial independentes, *incluindo o de julgamento em última instância* (artigo 2.º da LB)[6]. Acresce o facto de, em conformidade com o princípio "*Um país, dois sistemas*", os sistemas económico e social previamente existentes, bem como o respectivo *modus vivendi* manterem-se inalterados durante 50 anos (artigo 5.º da LB).[7]

A RAEM mantém uma política financeira, monetária e fiscal própria e independente (artigos 104.º, 106.º, 107.º e 109.º da LB), mantém a emissão de moeda própria (artigo 109.º da LB), mantém-se como porto franco e território aduaneiro separado (artigos 110.º e 112.º da LB), mantém um controlo fronteiriço independente (artigo 139.º da LB) e prossegue as suas próprias políticas económicas, sociais e culturais, a par de outros poderes que adiante enunciaremos.

Na realidade, e conforme o estipulado, respectivamente, nos artigos 13.º e 14.º da LB, a RAEM apenas não tem autonomia em assuntos externos[8] e de defesa, que são da responsabilidade do Governo Popular Central (GPC) - *corolários últimos do exercício do poder de soberania de um Estado*.

Mesmo assim, em determinadas circunstâncias, a RAEM pode ser sujeito pleno de direito internacional (parágrafo 3 do artigo 13.° e artigo 136.° da LB). Estas circunstâncias dependem da

3 Aprovada a 31 de Março de 1993, de acordo com o artigo 31.º da CRP da RPC, na I Sessão da VIII Legislatura da APN.

4 A LB tem fontes de direito internacional - a DC - e fontes de direito interno - a CRP da RPC e outras leis nacionais.

5 *Vide* 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), p. 37, Eduardo Cabrita, "Limites de natureza internacional e constitucional à autonomia da R.A.E.M.", p. 177, Yash Gai, "A transferência de soberania e a democratização de Hong Kong e Macau" p. 239 e Francisco Gonçalves Pereira, "Lei Básica: o modelo convencional e a prática constituinte", p. 248, *Revista Jurídica de Macau*, 1999 e 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", *Revista Administração*, n.º 62, vol.XVI, 2003, p. 1262.

6 *Vide* igualmente, entre outros, artigos 3.º, 11.º, 12.º, 19.º e 21.º da LB.

7 Este é igualmente o prazo de vigência da DC que cessa em 19 de Dezembro de 2049.

8 A aplicação na RAEM dos acordos internacionais em que a RPC é parte é decidida pelo GPC, conforme as circunstâncias e segundo as necessidades da Região e depois de ouvir o parecer do Governo da RAEM (parágrafo 1 do artigo 138.º da LB). A RAEM pode estar vinculada a acordos internacionais mesmo que a RPC não seja parte dos mesmos, mas assuma a responsabilidade internacional pela sua vigência na RAEM (*vide* 1ª parte do parágrafo 2 do artigo 138.º da LB).

natureza e do objecto do tratado em causa, *i.e*, não ser reservado a Estados soberanos e que o objecto se enquadre no âmbito dos poderes autonómicos das relações externas que são conferidos pelo GPC (*vide* artigo 13.° da LB) à RAEM - *assuntos externos concernentes à Região*. Nestes termos, não obstante o seu estatuto não-soberano, a RAEM pode, por si própria, ser sujeito de direito internacional, com a denominação "Macau, China", em determinados domínios, mormente nos da economia, comércio, finanças, transportes marítimos, comunicações, turismo, cultura, ciência, tecnologia e desporto (artigo 136.° e última parte do parágrafo 2 do artigo 138.° da LB).[9]

A RAEM pode ainda participar em certas organizações internacionais, estabelecer missões económicas e comerciais oficiais ou semi-oficiais da Região em países estrangeiros, bem como emitir passaportes e outros documentos de viagem (artigos 137.°, 139.° e 141.° da LB).

Em suma, estas e outras especificidades caracterizam o estatuto jurídico-político *sui generis* de Macau[10], *materialmente* atípico dos paradigmas existentes na ordem internacional relativos a regiões com poderes autonómicos,[11] porquanto ao ser-lhe concedido um alto grau de autonomia são-lhe igualmente conferidos uma "panóplia" de poderes característicos de um Estado. Tal consubstancia um modelo *sui generis* quer na ordem internacional quer na ordem interna – ou seja, nas relações inter-Estados, nas relações de outros Estados ou Regiões *vis a vis* a RAEM e nas relações inter-regionais, *i.e.* RPC, Hong Kong e Macau.[12]

III. Principais características do ordenamento jurídico da RAEM

São postulados fundamentais da RAEM, de harmonia com o princípio "*Um país, dois sistemas*" e com os princípios consagrados na DC - o *princípio da autonomia* e o *princípio da continuidade*. Estes princípios estão consubstanciados no artigo 5.º da LB ao dispor que não se aplicam em Macau o sistema e as políticas socialistas e ao afirmar que se mantêm inalterados, por um período de 50 anos, os sistemas económico e social previamente existentes, bem como o respectivo *modus vivendi*, que inclui, obviamente, o acervo jurídico-normativo previamente vigente. Porém, quis o legislador da LB tornar tal postulado claro e inequívoco ao plasmar de forma expressa no artigo 8.º da LB o *princípio da continuidade do ordenamento jurídico de Macau*.

Estes dois princípios (*da autonomia* e *da continuidade*), *pilares do edifício jurídico-constitucional* da RAEM, encontram-se explanados ao longo de outros preceitos da Lei fundamental, como já tivemos oportunidade de referir.

Reza o artigo 8.º da LB que: "*As leis locais e outros actos normativos previamente em vigor em Macau manter-se-ão, excepto no que contrariar a Lei Básica ou no que for sujeito a emendas em*

9 Filipa Delgado, "Algumas notas sobre o estatuto jurídico internacional da RAEM", *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, p. 105.

10 Tal raciocínio aplica-se *mutatis mutandis* em relação a Hong Kong - Região Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK).

11 Marco Olivetti, "The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous region models", *paper* apresentado na Conferência Internacional *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, Macau, 2007 ou Paulo Cardinal, "Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana", *paper* apresentado nas *Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito Processual Penal – Estado presente e perspectivas de evolução*, Macau, Janeiro de 2007, p. 4.

12 De notar que se trata de *uma só* China com *duas* Regiões Administrativas Especiais, ambas com sistemas capitalistas *versus* o sistema comunista da RPC, mas trata-se também de *uma só* China e de *três* jurisdições com sistemas jurídicos diferentes: socialista, anglo-saxónico e romano-germânico.

conformidade com os procedimentos legais, pelo órgão legislativo ou por outros órgãos competentes da Região Administrativa Especial de Macau."[13] A *ratio* deste princípio é assegurar a continuidade do ordenamento jurídico de Macau, estribada no primado da certeza e da segurança jurídica.[14]

Este princípio é interpretado pela maioria da doutrina em sentido lato,[15] ou seja, decorre de uma leitura teleológico-sistemática deste e de outros artigos da LB (*vide* preâmbulo, artigos 4.º, parágrafo 1 do artigo 11.º, parágrafo 1 do artigo 18.º e 145.º) e da própria DC, que este princípio não se reconduz apenas à manutenção das leis (*em sentido formal*) salvo no que contrariar a LB, mas sim a todo um *alicerce jurídico-normativo* (*em sentido material*) enformado em valores e princípios gerais (ex: direitos fundamentais)[16] que não pode ser desvirtuado *sob pena de descaracterizar a identidade juridico-normativa de Macau*.[17]

Outro princípio fundamental, corolário do princípio da autonomia da RAEM, é o da *não aplicação das leis nacionais da RPC*, excepto as indicadas no Anexo III da LB.[18] Contudo, o Comité Permanente da APN pode aumentar ou reduzir o elenco das leis referidas no Anexo III, depois de consultar a Comissão da LB da RAEM e o Governo da Região (parágrafo 3 do artigo 18.º da LB). Em qualquer dos casos, estas leis limitar-se-ão a assuntos de defesa nacional e relações externas (conjugar com artigos 13.º e 14.º da LB), e a outras matérias não compreendidas no âmbito da autonomia da RAEM nos termos da LB.[19]

Por último, importa ainda realçar outro princípio geral da RAEM, o da *salvaguarda dos direitos fundamentais*, consagrado no artigo 4.º da LB, corolário do ordenamento jurídico de Macau e que advém da sua matriz de origem portuguesa. Este princípio é corroborado no parágrafo 1 do artigo 11.º da LB ao reconhecer a existência de um "*sistema de garantia dos direitos e liberdades*

13 Este princípio é reiterado em lei ordinária, *vide* artigo 3.º, nº 1, da Lei da Reunificação, Lei n.º 1/1999, de 20 de Dezembro.

14 Jorge Costa Oliveira, "A Continuidade do Ordenamento Jurídico de Macau na Lei Básica da Futura Região Administrativa Especial", *Revista Administração*, n.º 19/20, 1993, p. 22 e 23.

15 António Katchi, *As Fontes do Direito em Macau*, Universidade de Macau e Instituto de Estudos Avançados da Faculdade de Direito, 2006, p. 13-15 ou Armando Isaac, "The constitutional framework for legal-cooperation between the 'Two Systems" of the "One Country": The case of Macau", *paper* apresentado na *Conferência sobre Assistência Judiciária Recíproca "One Country, Two Systems"*, Faculty of Law of the University of Hong Kong, 1999, p. 2-5, 13-15.

16 Sobre a questão da salvaguarda dos direitos fundamentais em Macau, *vide* Paulo Cardinal, "Permanent Fundamental Rights in a Legal System in Transition – The case of Macau", *paper* apresentado na *LAWASIA*, 1997, ou Jorge Bacelar Gouveia, "The Fundamental Rights in Macao" e Paulo Cardinal, "The Judicial Guaranteed of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours under the focus of Continuity and of Autonomy,", *papers* apresentados na Conferência Internacional *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, Macau, 2007.

17 Paulo Cardinal, "Reflexões em torno dos Direitos Fundamentais em Macau numa Perspectiva da Transição", *Daxiyangguo*, n.º 7, 2005, p. 62-63 ou do mesmo autor *op.cit*. nota. 10, p. 9 ou Olivetti *op.cit*. nota. 10.

18 São onze as leis nacionais aplicáveis da RAEM, a saber: Resolução sobre a Capital, o Calendário, o Hino Nacional e a Bandeira Nacional da República Popular da China**,** Resolução sobre o Dia Nacional da República Popular da China**,** Lei da Nacionalidade da República Popular da China**,** Regulamentos da República Popular da China relativos a Privilégios e Imunidades Diplomáticos**,** Regulamentos da República Popular da China relativos a Privilégios e Imunidades Consulares**,** Lei da Bandeira Nacional da República Popular da China**,** Lei do Emblema Nacional da República Popular da China**,** Lei sobre as Águas Territoriais e Zonas Adjacentes**,** Lei sobre a Zona Económica Exclusiva e a Plataforma Continental da República Popular da China**,** Lei do Estacionamento de Tropas na Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China e Lei da República Popular da China sobre a imunidade relativa à aplicação de medidas judiciais coercivas ao património de bancos centrais estrangeiros.

19 *Vide* parágrafo 4 do artigo 18.º da LB. No caso de o Comité Permanente da APN decidir declarar o estado de guerra ou, por motivo de distúrbios na Região que ponham em perigo a unidade ou segurança nacionais e não possam ser controlados pelo Governo da Região, decidir a entrada da Região no estado de emergência, o GPC pode ordenar, por decreto, a aplicação de leis nacionais na Região.

fundamentais dos residentes" em Macau.

A LB consagra um Capítulo específico aos direitos fundamentais (Capítulo III) e estatui no seu artigo 40.º que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais e as Convenções da OIT continuarão a vigorar em Macau, sendo aplicadas mediante legislação local. Mais, os direitos e liberdades dos residentes de Macau não podem ser restringidos, excepto nos casos previstos na lei, e atentas as disposições constantes naqueles instrumentos internacionais.

Tendo como premissa o princípio da continuidade do ordenamento jurídico da RAEM e razões de ordem histórico-políticas,[20] a RAEM detém um conjunto de traços característicos que a integra na família romano-germânica (direito continental ou de direito civil). De matriz portuguesa (esta fundada no direito romano), a RAEM tem por principal fonte de direito imediata a lei escrita (artigo 1.º do Código Civil de Macau),[21] encontrando-se grande parte da legislação concentrada em "cinco grandes códigos"[22], existindo, por seu turno, uma clara distinção entre direito privado e direito público (e respectivos ramos de direito).

Pedra angular do sistema legal de Macau é o princípio da publicidade das leis no Boletim Oficial da RAEM (artigo 4.º do Código Civil de Macau e Lei nº 3/1999, de 20 de Dezembro). Os acordos internacionais ratificados ou aprovados pela RPC, ou nos casos em que a RAEM tem autonomia externa, necessitam de publicação no Boletim Oficial para vigorarem na ordem interna;[23] uma vez publicados estes integram imediata e automaticamente a ordem jurídica da RAEM.

Na RAEM, o direito internacional e o direito interno fazem parte da mesma ordem jurídica operando simultaneamente quanto às mesmas matérias,[24] característica de um sistema monista. Na eventualidade de conflito entre o direito internacional convencional e o direito ordinário prevalece o primeiro (primado do direito internacional convencional sobre o direito ordinário (artigo 3.º, nº 1, do Código Civil).[25]

A hierarquia das fontes também segue a tradição civilista, no topo da hierarquia a lei constitucional, seguida do direito internacional convencional e por último do direito ordinário. O costume e a jurisprudência são fontes mediatas de Direito.[26]

---

20 Macau viveu mais de quatro séculos sob administração Portuguesa - como colónia, e posteriormente como território Chinês sob administração Portuguesa, período que decorreu entre 1987 e 19 de Dezembro de 1999.

21 Paula Correia, "O Sistema Jurídico de Macau: Uma Perspectiva de Direito Comparado", *Repertório do Direito de Macau*, Faculdade de Direito da Universidade de Macau, 2007, p. 29 *et seq*, Eduardo Nascimento Cabrita, "International and Constitutional Limitations on the Autonomy of the Macao Special Administrative Region", The Basic Laws: Problems and Perspectives, *Macao Law Journal*, 2002, p.190.

22 Código Civil, Código Penal, Código comercial, Código de Processo Civil e Código de Processo Penal.

23 A publicação de convenções internacionais e acordos é condição de eficácia na RAEM e deve respeitar o estipulado na Lei n.º 3/1999, de 20 de Dezembro, Lei sobre a publicação e formulário dos diplomas (*vide* artigos 3.º, n º 6, e do artigo 5º, nºs 1 e 2).

24 Patrícia Ferreira, "Algumas Questões acerca da Aplicação do Direito Internacional na Região Administrativa Especial de Macau", *Curso de Produção Legislativa*, Macau, Centro de Formação Jurídica e Judiciária, 2002, p. 18 e 19.

25 Cristina Ferreira, "The Macau Special Administrative Region Legal System – is EU Law a source of inspiration for the Macau Lawmaker?", p. 6-12, a ser publicado em *The Legal System of Macau and its European Roots*, Universidade de Macau, Jorge Godinho (Ed.) e *op.cit*. nota 14, pg. 447.

26 *Op.cit.* note 20, p. 33.

No que concerne à organização judiciária,[27] esta compreende três instâncias: Tribunais de Primeira Instância, um Tribunal de Segunda Instância e um Tribunal de Última Instância, este último com poder de julgamento em última instância.[28] Os tribunais da RAEM não têm jurisdição sobre actos de Estado, tais como os relativos à defesa nacional e às relações externas.[29]

IV. Aspectos fundamentais do regime da cooperação judiciária em matéria penal da RAEM

O regime da cooperação judiciária em matéria penal da RAEM é um regime novo, complexo e politicamente delicado, atenta a situação da RAEM. Este assenta num *corpus* de disposições legais de natureza diversa – constitucionais, internacionais e de direito ordinário, bem como de procedimentos específicos.

Na primeira linha, temos de ter em conta as disposições de natureza constitucional. Dispõe o artigo 94.º da LB, que a RAEM pode, "*com o apoio e a autorização do GPC*, *desenvolver as diligências adequadas à obtenção de assistência jurídica com outros países, em regime de reciprocidade*". Tal significa que Macau pode celebrar acordos bilaterais na área da cooperação judiciária em matéria penal com outros Estados ou Regiões, tendo apenas como requisito prévio a necessária autorização do GPC.[30] Esta condição, derivada do seu estatuto jurídico-político, é reiterada na lei que regula a cooperação judiciária em matéria penal entre a RAEM e outros Estados ou Territórios.[31]

Na segunda linha, há que ter em conta o direito internacional convencional. O princípio da prevalência das convenções internacionais é um princípio geral do ordenamento jurídico de Macau, com consagração expressa na área da cooperação judiciária.[32] Nestes termos, todas as convenções e acordos internacionais a que a RAEM está vinculada, quer enquanto sujeito próprio de direito internacional quer por virtude da aplicação de convenções internacionais a que a RPC está vinculada e que são igualmente aplicáveis na RAEM,[33] têm prevalência na ordem interna. Daqui decorre que todas as disposições sobre a cooperação judiciária em matéria penal contidas nesses instrumentos internacionais prevalecem e regem as relações da RAEM com os respectivos Estados ou Regiões.

As convenções internacionais e acordos bilaterais de assistência judiciária, em regime de reciprocidade, a celebrar com outros Países ou Regiões, ou a celebrar com órgãos judiciais de outras

27 *Vide* artigos 82.º a 94. º da LB e a Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau (Lei nº 9/1999, de 20 de Dezembro).

28 *Vide* artigos 2.º, 19.º, parágrafo 1 do artigo 84.º da LB. Os tribunais podem interpretar a LB (parágrafo 3 do artigo 143.º da LB).

29 Parágrafo 3 do artigo 19.º da LB.

30 Até à data, Macau já assinou dois acordos de transferência de pessoas condenadas, um com o Governo Português e outro com o Governo da Região Administrativa Especial de Hong Kong, respectivamente em 7 de Dezembro de 1999 e em 25 de Maio de 2005.

31 Artigo 1.º da LCJMP.

32 Princípio reiterado no artigo 4.º da LCJMP e artigo 213.º do CPP.

33 Ex: Convenção das NU contra a Criminalidade Organizada Transnacioanl (Convenção de Palermo), publicada através do Aviso do Chefe do Executivo nº 36/2004, Boletim Oficial da RAEM nº 36, II Série, de 8 de Setembro, e Convenção das NU contra a Corrupção (Convenção de Mérida), publicada através do Aviso do Chefe do Executivo nº 5/2006, Boletim Oficial da RAEM nº 7, II Série, de 21 de Fevereiro.

regiões do País (Interior da China ou Hong Kong),[34] [35] a fim de vigorarem na ordem interna da RAEM devem ser, como já referido, objecto de publicação no Boletim Oficial da RAEM.[36]

Em terceira linha, em sede de direito ordinário, releva *prima facie*, com carácter de subsidiariedade neste quadro normativo, a Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal (LCJMP), Lei n.º 6/2006, de 24 de Julho,[37] que entrou em vigor em Novembro de 2006. É, na sua falta, ainda subsidiariamente aplicável a legislação processual penal.

A LCMP veio colmatar uma lacuna do ordenamento jurídico da RAEM até então com parcas disposições legais – ex: cartas rogatórias e a consagração do princípio geral da prevalência do direito internacional convencional - no Código de Processo Penal.[38]

Esta LCJMP reflecte uma concepção humanista assente nos valores e princípios gerais que enformam o ordenamento jurídico de Macau[39] e nos modelos contemporâneos que regulam esta matéria.[40] Assim, à semelhança de outros ordenamentos jurídicos, a LCJMP regula, como o seu nome indica, a cooperação judiciária em matéria penal com outras jurisdições (Estados ou Territórios), abrangendo: a entrega de infractores em fuga, a transmissão de processos penais, a execução de sentenças penais, a transferência de pessoas condenadas, a vigilância de pessoas condenadas ou libertadas condicionalmente e outras formas de colaboração judiciária em matéria penal.[41]

A aplicação da LCJMP está subordinada à protecção da defesa nacional, das relações externas, da soberania, da segurança ou ordem pública da RPC, bem como aos interesses da segurança e da ordem pública e a outros interesses da RAEM, consagrados no seu ordenamento jurídico (artigo 2.º, nº 1, da LCJMP). A par destes condicionalismos, qualquer pedido de cooperação deve observar determinados procedimentos, em particular o procedimento de notificação ao GPC previsto na Lei n.º 3/2002, de 4 de Março (n º 2 do mesmo artigo).

A cooperação judiciária obedece assim a uma hierarquia de fontes, atentas as disposições de natureza constitucional, prevalece o direito internacional convencional, ou seja, eventuais acordos bilaterais ou multilaterais sobre a matéria, sendo na sua ausência aplicável a Lei n.º 6/2006 (LCJMP) e, subsidiariamente a esta, as disposições do Código de Processo Penal.

A LCJMP contém um corpo de disposições gerais que são aplicáveis a todas as formas de

---

34 *Vide* artigo 93.º da LB.

35 Jorge Costa de Oliveira, "Inter-regional Mutual Legal Assistance in criminal matters within the P.R.of China", *paper* apresentado na Conferência Internacional *One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution*, Macau, 2007.

36 *Vide* artigo 5.º, alínea 2) e 3) da Lei n.º 3/1999. Compete ao Chefe do Executivo mandar proceder à publicação (artigo 6.º da mesma Lei).

37 Boletim Oficial da RAEM n.º 30, I Série, de 24 de Julho de 2006.

38 Artigo 213.º(Prevalência das convenções internacionais e acordos), artigo 214.º (Rogatórias), artigo 215.º (Recepção e cumprimento de rogatórias), artigo 216.º (Recusa do cumprimento de rogatórias) e artigo 217.º (Entrega de delinquentes) do CPP.

39 Refira-se, neste contexto, o respeito pelo princípio da dignidade humana. Leonor Assunção, "O modelo estrutural do processo penal de Macau – princípios que o fundamentam"*, Repertório de Direito de Macau*, 2007, p.279

40 Como refere a nota justificativa da LCJMP, o legislador inspirou-se em princípios e normas de diversos acordos internacionais em vigor de modo a assegurar a aplicação de convenções internacionais na RAEM, designamente em postulados da moderna política criminal que se dirige tanto a uma eficaz aplicação da lei penal como a facilitar a reinserção do agente. O legislador teve por principal fonte a Lei Portuguesa, a Lei no. 144/99, de 31 de Agosto. *Vide www.al.gov.mo*.

41 Artigo 1.º.

cooperação e disposições específicas para cada forma de cooperação, mormente no que concerne à *entrega de infractores em fuga*. A Lei acolhe princípios gerais fundamentais internacionalmente reconhecidos na esfera da cooperação internacional em matéria penal; o já mencionado, princípio da prevalência do direito internacional convencional (artigo 4.º), assim como os da reciprocidade (artigo 5.º),[42] especialidade (artigo 17.º)[43] e *non bis in idem* (artigo 20.º).

Especificidade na LCJMP, é o *princípio da dupla-punibilidade* previsto no seu artigo 6.º. Este princípio comum a todas as formas de cooperação previstas na Lei é um princípio mais lato que o da dupla-incriminaçao, porquanto permite a cooperação desde que a infracção que motiva o pedido de cooperação seja punível com uma *reacção criminal* pela legislação da parte requerente e pela legislação da parte requerida. Entende-se por reacção criminal qualquer pena ou medida de segurança privativa de liberdade, sanção patrimonial ou outra sanção não detentiva, incluindo sanções acessórias.[44] Está subjacente à *ratio* deste artigo a possibilidade de cooperar mesmo que uma determinada conduta seja objecto de diferentes reacções criminais entre a parte requerente e a parte requerida, por exemplo: ser considerada crime numa jurisdição e noutra ser considerada uma infracção administrativa (sendo caso paradigmático as infracções de natureza económica).[45]

A não-punibilidade do facto na RAEM não obsta, porém, à satisfação de um pedido de cooperação, se este se destinar à prova de uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa da pessoa contra quem foi instaurado um procedimento penal (artigo 6.º, nº 2).

A par dos princípios gerais, existem também condições gerais para a recusa de um pedido de cooperação, designadamente de entrega de infractores em fuga, e que são as seguintes:

- se o processo não satisfizer ou não respeitar as exigências de convenções internacionais aplicáveis em Macau (artigo 7.º, nº 1, alínea 1));

- se houver fundadas razões para crer que a cooperação é solicitada com o fim de perseguir ou punir uma pessoa em virtude da sua nacionalidade, ascendência, raça, sexo, língua, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou pertença a um grupo social determinado (artigo 7.º, nº 1, alínea 2));

- se existir risco de agravamento da situação processual de uma pessoa por qualquer das razões indicadas na alínea anterior (artigo 7.º, nº 1, alínea 3));

---

42 Princípio plasmado no artigo 94.º da LB. A falta de reciprocidade não impede a satisfação de um pedido de cooperação desde que essa cooperação: 1) se mostre aconselhável em razão da natureza do facto ou da necessidade de lutar contra certas formas graves de criminalidade (onde se incluem, *inter alia*, o tráfico ilícito de droga, o crime organizado, o terrorismo, o tráfico de pessoas); 2) possa contribuir para melhorar a situação do arguido ou do condenado ou para a reinserção social do condenado; ou 3) sirva para esclarecer factos imputados a um residente da RAEM (*estatuto pessoal ou critério da residência*).

43 Não é excluida a possibilidade de ser solicitada a extensão da cooperação a factos diferentes dos que fundamentaram o pedido, mediante novo pedido apresentado e instruído nos termos da LCJMP. Neste caso, é obrigatória a apresentação de auto donde constem as declarações da pessoa que beneficia da regra da especialidade. O artigo 18.º da LCJMP estipula quais os casos da não aplicação da regra da especialidade, mormente quando a pessoa renuncia a beneficiar da regra da especialidade ou quando, por convenção internacional aplicável em Macau, não haja lugar ao benefício da regra da especialidade. Quando a cessação da imunidade decorra por renúncia da pessoa que beneficia da regra da especialidade, deve essa renúncia resultar de declaração pessoal, prestada perante juiz, que demonstre que a pessoa a exprimiu voluntariamente e em plena consciência das consequências do seu acto, com assistência de advogado constituído ou, na sua falta, com assistência de defensor nomeado. As declarações são prestadas perante o Tribunal de Segunda Instância.

44 Artigo 3.ºda LCJMP.

45 Conjugar com o artigo 148.ºda LCJMP. *Vide* Parecer 2/III/2006, da Primeira Comissão Permanente da Assembleia Legislativa de Macau sobre a proposta de lei da LCJMP (*www.al.gov.mo*).

- se puder conduzir a julgamento por um tribunal de excepção ou respeitar a execução de sentença proferida por um tribunal dessa natureza (artigo 7.º, nº 1, alínea 4));

- se o facto a que respeita for punível com pena que possa causar lesão irreversível da integridade da pessoa (artigo 7.º, nº 1, alínea 5));

- se o facto a que respeita for punível com pena ou medida de segurança privativas da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida (artigo 7.º, nº 1, alínea 6));

- se o facto a que respeita for punível com a pena de morte (artigo 7.º, nº 1, alínea 7)).

As condições expressas nos três últimos sub-parágrafos não prejudicam a cooperação, *inter alia*, se a parte requerente oferecer garantias de que as penas ou medidas de segurança aí referidas não serão executadas ou aplicadas.[46] Para efeitos de apreciação da suficiência das garantias, tem-se em conta, nomeadamente, a legislação e a *praxis* da parte requerente, a possibilidade de não aplicação da pena ou medida de segurança, a reapreciação da situação da pessoa reclamada e a concessão de liberdade condicional, bem como a possibilidade de indulto, perdão, comutação de pena ou medida análoga.[47]

É ainda recusada a cooperação e, consequentemente, um pedido de entrega de infractores em fuga, quando estes digam respeito a crimes puramente militares, políticos ou leves. Dispõe, neste sentido, o artigo 8.º da LCJMP, que um pedido de cooperação pode ser recusado em razão da natureza da infracção, quando se trate de infracção de natureza política ou infracção conexa a infracção política segundo as concepções do direito da RAEM (nº 1, alínea 1)) e quando se trate de crime militar que não seja simultaneamente previsto na lei penal comum (nº 1, alínea 2)).

À semelhança de outros regimes sobre a extradição, excluem-se do conceito de crimes políticos certos crimes particularmente graves que nenhuma jurisdição nas suas relações com outra jurisdição qualifica como crimes políticos, a saber: i) o genocídio, os crimes contra a Humanidade, os crimes de guerra e infracções graves segundo as Convenções de Genebra de 1949; ii) os actos referidos na Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Assembleia das Nações Unidas, em 17 de Dezembro de 1984; iii) quaisquer outros crimes a que seja retirada natureza política por convenção internacional aplicável em Macau (artigo 8.º, nº 2).

V. Aspectos fundamentais do instituto da "Entrega de infractores em fuga"

Expostas as condições gerais para um pedido de cooperação, passamos a enumerar as condições de admissibilidade de um pedido entrega de infractores em fuga, em particular.

Como referido *sub judice*, o instituto da extradição constitui o mais antigo e tradicional instrumento de cooperação internacional entre Estados soberanos, pelo que sendo Macau uma Região Administrativa Especial, com um alto grau de autonomia, inclusive com poder judicial autónomo e independente e um ordenamento jurídico próprio, houve que a dotar de um instrumento que permitisse a cooperação na esfera judiciária com outras jurisdições, moldando-o às suas especificidades jurídico-políticas. Assim, foi criado o instituto da "Entrega de infractores em

46 Princípio da proibição da entrega de infractor quando se aplique a pena de morte ou pena prisão perpétua, penas que não encontram expressão no ordenamento jurídico-penal da RAEM. A pena máxima prevista no artigo 41.º, nº 1, do Código Penal de Macau, é de 25 anos. Excepcionalmente, este limite pode atingir os 30 anos, mas em caso algum pode exceder tal limite (nº 2 do mesmo artigo do CP).

47 Artigo 7.º, nºs 2 e 3.

fuga" no quadro da LCJMP da RAEM.

Este instituto similar ao da extradição, permite oferecer e solicitar cooperação a outros Estados ou Regiões em termos análogos aos da extradição (*aut dedere aut iudicare*).[48]

O instituto da "Entrega de infractores em fuga" visa a entrega de infractor "*para efeitos de procedimento penal ou para cumprimento de pena ou medida de segurança privativas da liberdade por crime cujo julgamento seja da competência dos tribunais da parte requerente*" (artigo 32.º, nº 1 da LCJMP).

Um pedido desta natureza, a solicitar a transferência para a parte requerente de pessoa que se encontra na parte requerida, a pedido daquela, por nela se encontrar arguido ou condenado pela prática de um crime, está limitada a condicionalismos específicos. Com efeito, a entrega só é admissível no caso de o crime, ainda que sob a forma tentada, seja punível pela lei da RAEM e pela lei da parte requerente com pena ou medida de segurança privativas da liberdade de duração máxima não inferior a um ano (nº 2 do mesmo artigo). Encontramos neste postulado a consagração expressa de um corolário do instituto da extradição – a exigência do *princípio da dupla-incriminação* e a sua conexão com a exigência da certa gravidade do crime praticado para que a extradição seja admitida.[49] Caso o pedido seja efectuado para dar cumprimento a uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade, a entrega do infractor em fuga só pode ser concedida se o tempo por cumprir não for inferior a seis meses (artigo 32.º, nº 4).

O princípio da dupla-incriminação previsto para a entrega de infractores em fuga constitui, por conseguinte, uma excepção ao princípio geral da dupla-punibilidade consagrado na LCJMP.

Sem prejuízo das condições de admissibilidade expressas no artigo 32.º da LCJMP, são ainda condições específicas de recusa de um pedido de entrega de infractores em fuga as seguintes:

- o crime tiver sido cometido na RAEM (artigo 33.º, nº 1, alínea 1)), ou seja, a RAEM também é jurisdição competente para apreciar o caso (princípio da territorialidade);

- a pessoa reclamada for nacional chinês não residente da RAEM (artigo 33.º, nº 1, alínea 2)), (princípio geral que não se extraditam nacionais, o legislador tentou aqui "acomodar' o conceito de residência consolidado no ordenamento de Macau com o critério da nacionalidade) ou

- a pessoa reclamada for residente da RAEM (adaptação do princípio geral que não se extraditam nacionais ao critério da residência da RAEM – o estatuto pessoal de residente estabelece um vínculo especial entre a pessoa e a Região, de um acervo de direitos e deveres específicos, originando um tratamento especial a quem tenha este estatuto)[50], *salvo* se o pedido for formulado pelo Estado da sua nacionalidade[51] ou quando a obrigação de entrega decorra de norma por si mesma exequível constante de convenção internacional aplicável

48 Edward M.Wise, "Aut dedere aut iudicare: The duty to prosecute or extradite", M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law* (Procedural and Enforcement Mechanisms), 2ª Edição, 1999, p.15.

49 Se a entrega de infractor em fuga tiver por fundamento vários factos distintos, cada um deles punível pela lei da parte requerente e pela lei da RAEM com uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade mas algum ou alguns deles não preencherem a condição referida no número anterior, pode também conceder-se a entrega de infractor em fuga (artigo 32.º, nº 3).

50 Diferentemente das outras formas de cooperação pretendeu-se, para este instituto proteger quer o residente permanente quer o não-permanente da RAEM.

51 A qualidade de residente da RAEM e a nacionalidade da pessoa reclamada são apreciadas pelas autoridades da RAEM no momento em que procedem ao exame do pedido de entrega de infractor em fuga (artigo 33.º, nº 4).

em Macau (artigo 33.º, n.º 1, alínea 3)).

Em termos gerais, o instituto da "Entrega de infractores em fuga" segue o modelo da extradição no que concerne aos seus princípios fundamentais; pelo que as disposições relativas à extradição contidas nas convenções internacionais aplicáveis na RAEM podem ser aplicáveis, com as devidas adaptações, ao instituto da "Entrega de infractores em fuga" previsto na LCJMP.

Importa assinalar, neste contexto, o regime legal relativo à aplicação da lei penal no espaço, por meio do qual se consagra um modelo ampliado de competência originária para julgamento de crimes cometidos no estrangeiro. Assim, dispõe o artigo 5.º do Código Penal de Macau, sob a epígrafe "Factos praticados fora de Macau", que:

> "*Salvo disposição em contrário constante de convenção internacional aplicável em Macau ou de acordo no domínio da cooperação judiciária, a lei penal de Macau é ainda aplicável a factos praticados fora de Macau:*
>
> *a) Quando constituírem os crimes previstos nos artigos 252.º a 261.º e 297.º a 305.º;*
>
> *b) Quando constituírem os crimes previstos no n.º 2 do artigo 152.º e nos artigos 153.º a 155.º, 229.º, 230.º e 236.º, desde que o agente seja encontrado em Macau e não possa ser entregue a outro Território ou Estado;*
>
> *c) Por residente de Macau contra não-residente, ou por não-residente contra residente, sempre que: (1) O agente for encontrado em Macau; (2) Os factos forem também puníveis pela legislação do lugar em que tiverem sido praticados, salvo quando nesse lugar não se exercer poder punitivo; e (3) Constituírem crime que admita entrega do agente e esta não possa ser concedida; ou*
>
> *d) Contra residente de Macau, por residente, sempre que o agente for encontrado em Macau.*
>
> *2. A lei penal de Macau é ainda aplicável a factos praticados fora de Macau sempre que a obrigação de os julgar resulte de convenção internacional aplicável em Macau ou de acordo no domínio da cooperação judiciária.*

O alargamento da competência extra-territorial está ainda previsto em legislação penal avulsa, como é o caso da Lei n.º 3/2006, de 10 de Abril, sobre a Prevenção e a Repressão de Crimes de Terrorismo, onde, por exemplo, para os crimes de terrorismo internacional e de financiamento ao terrorismo praticados fora da RAEM, é esta competente para os julgar desde que o agente seja encontrado na Região (artigo 3.º).[52]

Em termos de direito adjectivo, o pedido de entrega de infractor em fuga é composto por duas fases: uma fase administrativa e uma fase judicial.[53] A fase administrativa é da competência do Chefe do Executivo e destina-se à apreciação do pedido de entrega de infractor em fuga, nomeadamente tendo em conta as garantias a que haja lugar, decidindo se ele pode ter seguimento ou se deve ser declarado inadmissível por razões de ordem política ou de oportunidade ou conveniência. A fase judicial é da competência do Tribunal de Segunda Instância e destina-se a decidir, com audiência do interessado, sobre a concessão da entrega do infractor em fuga por procedência das suas condições de forma e de fundo, não sendo admitida prova alguma sobre os factos imputados à pessoa reclamada.

---

52 Esta excepção também será aplicável ao crime internacional de tráfico de pessoas, *vide* a proposta de Lei sobre o crime de tráfico de pessoas na Assembleia Legislativa (*www.al.gov.mo*).

53 Artigo 48.º da LCJMP.

Em termos práticos, devido ao recém-criado quadro normativo de cooperação judiciária em matéria penal, não existem dados sobre pedidos de entrega de infractores em fuga nem acordos bilaterais sobre esta matéria. A única jurisprudência disponível diz respeito a dois pedidos de *habeas corpus* junto do Tribunal de Última Instância (TUI) relativos a entrega de infractor em fuga com o Interior da China (Acórdão n.º 12/2007, de 20 de Março).[54] Pedidos que foram deferidos pelo TUI visto que a entrega de infractores em fuga a autoridades externas à RAEM (onde se incluem as autoridades do Interior da China) depende de lei especial (artigo 217.º do CPP) e o facto de, actualmente, não existirem quaisquer normas ou acordos inter-regionais que regulem a entrega de infractores em fuga entre o Interior da China e a RAEM.[55] Nestes termos, entendeu o TUI (em obediência ao princípio da legalidade) que as autoridades públicas da RAEM (seja o Ministério Público, a Polícia Judiciária, ou outras) não podem deter um indivíduo e entregá-lo às autoridades do Interior da China, mesmo que sobre ele penda um mandato de captura da Interpol.

VI. O sistema de notificação ao Governo Popular Central

Como referido *supra* qualquer pedido de cooperação judiciária deve obedecer a determinados procedimentos, em particular *o procedimento de notificação prévia ao GPC*.[56] Assim, para efeitos de admissibilidade de qualquer pedido de cooperação é condição *sine qua non* a consulta junto do GPC.

A Lei n.º 3/2002 regula o procedimento relativo à notificação de pedido no âmbito da cooperação judiciária.[57] Dispõe o seu artigo 2.º que o GPC deve ser notificado de qualquer pedido, dirigido às autoridades competentes da RAEM[58] no âmbito da cooperação judiciária em matéria penal, designadamente *pedido de entrega de infractor em fuga e do seu trânsito*, nos termos da lei ou de acordos bilaterais ou tratados multilaterais aplicáveis. Para o efeito, é necessária a análise prévia das autoridades locais que concluam liminarmente pela viabilidade do pedido.

A notificação é da responsabilidade do Chefe do Executivo enquanto representante e dirigente máximo da RAEM responsável perante o GPC[59] (artigo 3.º da Lei n.º 3/2002).

Da notificação escrita devem constar os seguintes elementos:

- cópia do pedido e dos documentos anexos (artigo 7.º, nº 1, alínea 1));

- matéria em relação à qual é solicitada a cooperação e o sumário dos respectivos factos relevantes, incluindo as designações das entidades requerente e requerida, o nome e outros elementos de identificação das partes e o sumário do caso (artigo 7.º, nº 1, alínea 2));

- parecer fundamentado sobre a aceitação do pedido, no caso de a RAEM tratar de pedido

54 *Vide* também Acordão n.º 3/2008 de 12 de Fevereiro.

55 *Vide* artigo 93.º da LB.

56 Subjaz a este requisito, a *ratio* do artigo 94.º da LB ao submeter para (apoio e) autorização do GPC os acordos destinados à obtenção de cooperação judiciária.

57 Boletim Oficial da RAEM n.º 9/2002, I Série, de 4 de Março.

58 Para os efeitos da presente lei, entendem-se por autoridades competentes da RAEM os órgãos judiciais e administrativos da RAEM responsáveis pela apreciação do pedido de cooperação judiciária envolvido na notificação, nos termos da lei ou de acordos bilaterais ou tratados multilaterais aplicáveis. Por exemplo, para a Convenção de Palermo, a autoridade competente é a Secretária para a Administração e Justiça que posteriormente encaminhará o processo para as autoridades locais competentes.

59 Artigo 45.º da LB.

dirigido por autoridades estrangeiras(artigo 7.º, nº 1, alínea 3));

- objectos a entregar e data do trânsito referido no pedido de trânsito, conforme o caso, quando se trate de pedido de entrega de infractor em fuga e do seu trânsito, dirigido por autoridades estrangeiras(artigo 7.º, nº 1, alínea 4));

- indicação dos países ou territórios, tempo e percurso, envolvidos no pedido de trânsito, no caso de as autoridades competentes da RAEM dirigirem pedido de entrega de infractor em fuga e do seu trânsito às autoridades estrangeiras (artigo 7.º, nº 1, alínea 5)).

Em princípio, poder-se-ia entender este dever de notificação junto do GPC como uma *mera formalidade*; todavia, não se trata apenas de uma mera formalidade porquanto em determinadas circunstâncias o GPC pode emitir instruções. Com efeito, dispõe o artigo 4.º, nº 1, que com fundamento em *assuntos de defesa nacional, relações externas, soberania, segurança ou ordem pública do Estado*,[60] ou seja quando estão em causa o interesse e a integridade nacional, pode o GPC *emitir instruções* quanto à aceitação de um determinado pedido de cooperação judiciária, *inter alia*, *entrega de infractor em fuga*. Estas instruções são comunicadas por escrito ao Chefe do Executivo, que por sua vez emite um despacho,[61] em conformidade com as mesmas, para as autoridades competentes da RAEM (nº 2 do mesmo artigo).

Se no prazo de 15 dias,[62] o GPC nada disser (não se pronunciar ou emitir instruções), o Chefe do Executivo comunicará tal facto às autoridades competentes da RAEM, que, depois de informadas, tratam, por si mesmas, em conformidade com a lei, do pedido de entrega de infractor em fuga (artigo 5.º), ou seja, o pedido segue as formalidades normais constantes na LCJMP.

VII. Conclusões

1) O instituto da extradição constitui o mais antigo e tradicional instrumento de cooperação internacional entre Estados soberanos;

2) Macau goza de um estatuto jurídico-político *materialmente* atípico dos paradigmas existentes na ordem internacional relativos a regiões com poderes autonómicos, porquanto ao ser-lhe concedido um alto grau de autonomia são--lhe igualmente conferidos uma "panóplia" de poderes característicos de um Estado. Tal consubstancia um modelo *sui generis* quer na ordem internacional quer na ordem interna – ou seja, nas relações inter-Estados, nas relações de outros Estados ou Regiões *vis a vis* a RAEM e nas relações inter-regionais, *i.e.* RPC, Hong Kong e Macau;

3) Este estatuto jurídico-político *sui generis* que lhe confere, mormente, um poder judicial autónomo e independente, a manutenção de um ordenamento jurídico próprio e uma *autonomia externa mitigada* permite-lhe, *inter alia*, ser parte em tratados de direito internacional não reservados a Estados soberanos, designadamente celebrar acordos de cooperação judiciária em matéria penal, desde que com o apoio e autorização do GPC (artigo 94.º da Lei Básica da RAEM);

60 Articular com artigos 13.º, 14.º e 18.º da LB.

61 O despacho do Chefe do Executivo referido no artigo 4.º não é susceptível de impugnação, nem cabe recurso da decisão tomada pelas autoridades competentes nos termos daquele despacho (artigo 8.º).

62 Aviso do Chefe do Executivo n.º 19/2002, Boletim Oficial da RAEM n.º 9, I Série, de 5 de Março.

4) A RAEM é, igualmente, dotada de uma Lei da Cooperação Judiciária em Matéria Penal (LCJMP) assente num *corpus* de disposições legais de natureza diversa e de procedimentos específicos; este diploma recente vem colmatar uma lacuna do ordenamento jurídico da RAEM, numa área complexa e sensível, até então parca em disposições legais;

5) O princípio da prevalência das convenções internacionais é um princípio geral do ordenamento jurídico de Macau, com consagração expressa em sede de cooperação judiciária internacional;

6) Dado o seu estatuto não-soberano, houve que dotar a RAEM de um instituto análogo ao da extradição a fim de poder oferecer ou solicitar cooperação a outros Estados ou Regiões - *aut dedere aut iudicare*;

7) A LCJMP cria, assim, um modelo próprio adaptado às especificidades jurídico-políticas da RAEM - o instituto da *Entrega de infractores em fuga*, tendo para o efeito adoptado princípios gerais fundamentais internacionalmente reconhecidos na esfera da cooperação judiciária em matéria penal e no âmbito da extradição;

8) As disposições relativas à extradição constantes nas convenções internacionais aplicáveis na RAEM podem, com as necessárias adaptações, ser aplicadas tendo em conta o regime previsto na LCMP para o instituto da "Entrega de infractores em fuga";

9) O regime da entrega de infractores em fuga obedece a uma hierarquia de fontes que cria um conjunto coerente de princípios e procedimentos legais, alguns de clara inspiração internacional (ex: princípio da reciprocidade) e outros inovadores (ex: princípio da dupla-incriminação) ou específicos do contexto jurídico-político de Macau (ex: princípio da notificação ao GPC).

序言

我們已有一段時間未有發行《澳門雜誌》。在這期間，我們出版了不同的刊物和法律手冊，並在《刑法典》及《刑事訴訟法典》頒佈二十週年之際出版了一部雙語的紀念彙編，而現在我們將要再次回到第七期的《澳門雜誌》當中。

在本期的雜誌中，有賴Cândida Pires教授及Hugo Luz dos Santos檢察官在學說部分為我們作出的貢獻。

在司法見解方面，則需再次感謝與我們長期合作的João Torrão先生。

而在本期的立法評論部分，將由Ilda Cristina Ferreira為我們寫下她的見解。

請讓我們向所有為本期《澳門雜誌》的出版而付出過的人士致上最衷心的謝意。

最後，我亦希望藉此機會向各位尊敬的讀者介紹將於十一月底出版的《澳門雜誌》特刊 – 第八期，該期雜誌將會著重分析與醫療事故相關的議題，我們亦為此精心挑選了一系列的學術性文章。

希望是次的出版沒有辜負大家的期望。若閣下有任何的評論、建議或有意向我們投稿，請通過電郵creddm@ruicunha.org 與我們聯繫。

郭麗茹
澳門法律反思研究及傳播中心協調員
官樂怡基金會

學說

澳門和葡萄牙的清洗黑錢犯罪和前犯罪：屬犯罪之純正競合？因社會適當而排除罪狀？

Hugo Luz dos Santos

司法官

概要：本篇文章主要目的為對澳門特區和葡萄牙的現行清洗黑錢罪制度作出研究，重點是在考慮到清洗黑錢者之前犯罪的情況下排除清洗黑錢之罪狀的情況，促進有關“社會適當”的學說理論的發展。

提綱[1/2]：1) 澳門特區有關清洗黑錢的法律教義以及相關的熱議話題 1.1)同一行為人的前犯罪和清洗黑錢之法定罪狀，屬犯罪之純正競合，還是吸收關係之不純正競合？1.2) 簡述Nemo tenetur se ipsum accusare（無人勢必會指責自己）原則以及德國在“目的之約束”原則方面的學說理論（對前犯罪涉及之非法利益的追溯）；2) 有關前犯罪或清洗黑錢罪之行為人之行為的社會適當及經濟適當問題，在清洗黑錢之法定罪狀之目的論範疇內作出之中立行為——根據目前在德國有關“獲准許的危險行為”的學說對相關行為的重要性作出分析，從而排除前犯罪行為人作出之清洗黑錢之罪狀。3) 結論。

1)

澳門特區有關清洗黑錢的法律教義以及相關的熱議話題- 1.1) 同一行為人的前犯罪和清洗黑錢之法定罪狀，屬犯罪之純正競合，還是吸收關係之不純正競合？

在澳門現行的由聯合國制定的三大國際公約對清洗黑錢之行為進行定罪[3]，這三大國際公約分別是：1988年《維也納公約》(art.º 3.º, alíneas b), i) 及ii))，2000 年《巴勒莫公約》(art.º 6)以及2003年《反腐敗公約》 (art.º 23.º)[4/5]。

在清洗黑錢法定罪狀成立的要件方面，上述三大國際公約的要求是根本一致的。

---

1 本篇文章遵循新正字法之前的拼寫規則。

2 非常感謝米尼奧大學法學院Joaquim Freitas da Rocha 教授和Wladimir Brito 教授對筆者一直以來的支持和鼓勵，並幫助作者出版該篇及其它研究作品；同時，亦感謝科英布拉大學法學院Pedro Caeiro 教授在學術研究上對筆者的關心。文中出現的不當及不明確之處，由筆者承擔所有責任。

3 對葡萄牙和澳門特區有關清洗黑錢罪的法制的研究側重於兩種制度在起源和功能方面的一致性，但澳門和葡萄牙的法律在“犯罪純正競合”方面的規定有所差異。

4 除了進一步發展並更新多項學說理論和司法見解，本篇研究亦參考了名為“澳門特區的經濟金融犯罪：輔助解讀清洗黑錢之法律”且涉及範圍更廣的研究，刊登於2015年第36期澳門大學法學院學報，有相應的中英譯文。

5 為作出專業且詳細的分析，參見JORGE GODINHO所著Do crime de «branqueamento de capitais». Introdução e tipicidade, Almedina, Coimbra, (2001), p 89 及其續后。

澳門特別行政區在此方面訂立了7月30日第6/97號法律[6/7]，葡萄牙則在2004年作出重要的法律改革，通過3月27日第 11/2004號法律向《刑法典》引入清洗黑錢的法定罪狀，對該法典第368-A.º條作出補充。

澳門4月3日第2/2006號法律將《有組織犯罪法》第10條廢除，將零散法律中有關清洗黑錢的規定集中到一起，藉助3月27日第11/2004號法律的多項規定對法定罪狀作出多項變更，其中，除某些次要內容之外[8]，涉及到以下基本問題：法定罪狀的規範性要素及描述性要素；主要事實或先例“列表”；可適用之刑罰；受保護之法益[9]；法人之刑事責任[10]。

那麼，何為清洗黑錢罪？

基於最權威的學說理論，清洗黑錢罪主要指“隱瞞或掩飾來自其他犯罪的財產的性質、來源、所在地、處理、調動或擁有人的身份”[11]。

簡而言之，根據著名的德國學說所述，將“隱藏非法所得或對所得之非法使用，以使得該些所得之來源看似正當之行為[12/13]”稱為“清洗黑錢”之行為。

在作出上述的初步分析之後，現在有必要說明清洗黑錢之行為（可能）會經歷的兩大核心階段：首先是稱之為“money laundering（洗錢）”的階段，其次是“recycling（再利用）”階段[14]。

“洗錢”是清洗黑錢的核心點。通過相關的操作，便於去除因作出符合罪狀的不法事實而獲得的財產或財產利益的有關跡象。上述的“利益”通常指代金錢，在短時間內進行交易以清洗黑錢，該些交易旨在掩飾金錢的來源以及相關的特性。[15]

---

6 因當時在澳門特區出現的犯罪浪潮而訂立。犯罪團夥之間因經營澳門當地幸運博彩貴賓廳的收入所得而產生爭鬥，繼而導致了一系列犯罪現象。參見 ÂNGELA VENG MEI LEONG所著 “Macau casinos and organised crime”， 刊登於Journal of Money Laudering Control, (2004), pp. 298 及其續后。

7 參見MARIA LEONOR ASSUNÇÃO所著“Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada”，刊登於Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Manuel da Costa Andrade et alli (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2003), pp. 85及其續后。

8 去除了在1997年《刑法典》序言中有關第226及227條規定的內容（已無需出現）；出於同樣的原因，去除了有關“全部或部分”、“直接或間接”的內容，將 “受牽連之人”替換為“行為人或犯罪參與人”；在原先提到“逃避後果”的部分，改為有關“逃避刑事追害或刑罰”的內容； 1997年的法律將“主要事實”視為“犯罪”，而現行法律將“符合罪狀的不法事實”視為“犯罪”；“所有權或其他權利”變為“擁有權”。有關該些變更，參見JORGE GODINHO所著Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, (2009), p. 14，可於ssrn.com上查閱。

9 參見 JORGE GODINHO所著Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, cit., p. 15。

10 下文將提到相關的理論。

11 參見 JORGE GODINHO所著 Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, cit., p. 19。

12 在此方面，參見VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMM, “Gewinnabschöpfung und Gelwäsche – Kritische Stellungnahme zu den materiell-rechtlichen Vorshcriften des Entwurfs eines Gesetzes zur Bekampfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungeformem der Organisierten Kriminalitat (OrgKB)”, in Juristische Rundschau, (1992), Heft 9, p. 353.

13 在德國學說理論中的另一相似概念，參見CORNELIUS PRITTWITZ, “Die Geldwasche und ihre strafrechtliche Bekämpfung- oder: Zum Einzung des Lobbyismus in die Kriminalpolitik”, in Srafverteidiger, (1993), pp. 498-500。

14 在此方面，參見 VOLKER KREY/ALFRED DIERLAMM, cit., p. 354.

15 在此方面， 參見RODRIGO SANTIAGO所著 “O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime: Contributos para o estudo do art.º 23.º do Decreto – Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, e do Regime da Prevenção da Utilização do Sistema Financeiro no «Branqueamento» (Decreto- Lei N.º 313/93, de 15 de Setembro)”, in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Volume II, Coimbra Editora, (1998), p. 367。

一般情況下，用“髒錢”交換其他貨幣，比如更大面值的鈔票，或是交換易於轉移之物，例如珠寶、貴重金屬和寶石、股份，又或以法人名義在其他國家開設銀行賬戶。[16]

“再利用”（轉換）則是通過轉換財產利益以使其成為具有合法來源之物，並在之後重新融入正常的經濟運轉，一般是用於大型投資，比如披薩店和音樂廳，或是與銀行業務或金融公司有關[17]。

由此看來，在特定財物的來源或擁有人身份的掩飾或隱藏和該些財物的來源之間存在一種極其緊密、不可分離且強制性的關係，這是因為相關財物必定是某種前犯罪的直接或間接所得。

VITTORIO MANES在對清洗黑錢罪狀作出描述之時提到來源於某一特定犯罪的實質對象，因此在法定罪狀中著重強調了 “relazione di provenienza (diretta o indireta) che deve sussistere trai il denaro o la cosa oggetto di reciclagio e il reato pressuposto”[18/19]。

因而，將非法有價物轉為合法有價物，前提是相關物屬非法獲得，之後對其進行轉換和再利用，從而變為合法有價物，而這只是一個合乎邏輯的過程，僅能將非法有價物轉為合法有價物，而不能將在洗錢之前合法獲得的有價物轉為有價物。

由此看來，來自前犯罪的有價物可被轉變為來源看似合法的有價物，因此清洗黑錢行為的對象是之前非法活動的所得，其目的是隱藏相關所得來源，從而逃避非法行為所導致的法律後果[20/21]。

因而，之前作出的犯罪事實引致了非法利益[22]。

葡萄牙和澳門分別於2004年和2006年作出的相關改革[23] 明確體現出保護的法益即司法公義：清洗黑錢的行為可以受到處罰，這是因為（行為人）得以掩飾前犯罪所得，以便該些所得不被國家發現、扣押及沒收，這樣一種行為出現於行為人有所獲利的前犯罪之後。[24]

---

16 在此方面，參見 RODRIGO SANTIAGO, “O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime”, cit., p. 367。

17 在此方面，參見 RODRIGO SANTIAGO, “O «Branqueamento» de capitais e outros produtos do crime”, cit., p. 367。

18 參見意大利相關學說， VITTORIO MANES, “Il reciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell´intervento penale”, in: Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell´economia, anno XVII, n.º 1-2, janeiro/junho de 2004, (2004), Cedam, Padova, p. 53。

19 在西班牙法律中要求法定罪狀應屬“嚴重”犯罪，參見BUJÁN-PEREZ MARTINEZ, “La dimensón internacional del blanqueo de dinero”, in: El fenonemo de la internacionación de delincuencia económica, Estúdios de Derecho Judicial, n.º 61, Barcelona, Consejo General del Poder Judicial, (2004), p. 226。

20 在此方面，參見 JOSÉ DE FARIA COSTA, “O branqueamento de capitais – algumas reflexões à luz do Direito Penal e da Política Criminal”, in Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários, Volume II, Coimbra Editora, (1998), p. 315。

21 參見巴西的有關學說理論， MARCO ANTÓNIO DE BARROS, Lavagem de capitais e obrigações correlatas, 2ª edição, São Paulo, RT, (2008), p. 51,其中認為“前犯罪是之後出現的洗錢行為的基本前提，這是因為洗錢的目的在於隱藏或掩飾已獲利益的非法來源”。

22 參見PEDRO CAEIRO, “A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, cit., p. 1087。

23 與歐盟財政利益有關的清洗黑錢的法定罪狀在葡萄牙法律中的訂立情況，參見PAULO SOUSA MENDES, “O Branqueamento de capitais e a criminalidade organizada”, in Estudos de Direito e Segurança, Jorge Bacelar Gouveia et alii (org.); Almedina, Coimbra, (2007), pp. 343-344; 最新且更為概括的闡述，見PAULO SOUSA MENDES, “Os Poderes do OLAF na luta contra as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União e dos Estados-Membros”, in: Cooperação Judiciária em Matéria Penal, Maria Fernanda Palma et alii (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2014);從損害國家財政利益的角度出發，對腐敗犯罪和相應的立法情況作出分析，見JOSÉ MANUEL DAMIÃO DA CUNHA, “Da Corrupção (Do seu enquadramento jurídico no âmbito da tutela penal dos interesses do Estado). Erros legislativos e lacunas de punibilidade”, in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organização: Manuel da Costa Andrade et alii, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), pp. 849-918。

24 參見 JORGE GODINHO, Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, cit., p. 19。

綜上所述，與澳門法律條文相符的唯一正確理解是，清洗黑錢罪體現於隱藏或掩飾前犯罪所得的來源或安置，從而更難以發現、扣押及沒收相關所得[25/26]。澳門在於2006年核准的法律變更中明確規定了這一刑事政治意圖，新法律在注釋部分[27]明確表明保護的法益即司法公義[28/29]。

1.1)

同一行為人的前犯罪和清洗黑錢之法定罪狀，屬犯罪之純正競合，還是吸收關係之不純正競合？

正如上文所述，之前作出的犯罪事實是“非法利益”的來源。[30]

因而，在前犯罪、與前犯罪有關的非法利益以及之後對非法財產所得之來源及所有權作出之隱瞞或掩飾的事實之間存在一種自然關係和功能關係。

問題是，若在抽象意義上引致清洗黑錢之法定罪狀的自然事實由前犯罪的同一行為人作出，那麼，quid iuris，屬犯罪之純正競合又或是FIGUEIREDO DIAS教授所主張的吸收關係之不純正競合？

筆者讚成FIGUEIREDO DIAS 教授和JORGE GODINO教授的觀點，即上述問題屬吸收關係之不純正競合，在此亦引述美國的學說觀點：“rule of lenity “that requires courts to construe ambiguous criminal laws narrowly, in favor of the defendant”[31/32]。

25 參見 JORGE GODINHO, Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, cit., p. 19。

26 參見 HUGO LUZ DOS SANTOS, “O recente Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) Varvara c. Itália, de 29 de Outubro de 2013 e o confisco alargado na União Europeia: um “passo atrás” no “crime doesn´t pay?”», in: Scientia Ivridica (SI), Tomo LXIII; Número 334, Janeiro/Abril 2014, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, (2014), passim。

27 參見澳門政府在2005年的有關法律提案：“清洗黑錢犯罪之預防與打壓”，第4註解，其中提到：清洗黑錢之行為主要旨在迴避或阻撓對因嚴重犯罪行為而獲得之財物進行扣押或滅失之司法公義之實現。

28 參見 JORGE GODINHO, Estratégias patrimoniais de combate à criminalidade: o estado actual na Região Administrativa Especial de Macau, cit., p. 19。

29 參見MIGUEL REALE JÚNIOR, “Figura típica e objecto material do crime de “lavagem de dinheiro”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Stvdia Ivridica 100, Ad Honorem 5, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUM), Manuel da Costa Andrade et allii (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 561。

30 參見PEDRO CAEIRO, “A decisão-quadro do Conselho de 26 de Junho de 2001, e a relação entre punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa”, cit., p. 1087。

31 參見美國學說，STEFEN F. SMITH, “Overcoming Overcriminalization”, in Journal of Criminal Law & Criminology, Northwestern University School of Law, Volume 102, Number 3, (2012), p. 567.

32 在有關“active avoidance” 和“rewriting power”問題的認識論方面，以及“judicial review”和“self-restraint”的憲制理論方面， 參見NEAL KUMAR KATYAL & THOMAS P. SCHMIDT, “Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change”, in: Harvard Law Review, Volume 128, Number 8, June 2015, (2015), pp. 2134-2157.

筆者完全不讚成將多種受保護之法益作為犯罪純正競合在教義方面的理據[33/34/35/36/37/38]。

以該教義為前提[39]，可認為有關問題是犯罪的競合而非法規或法律的集中統一[40]。清洗黑錢之罪狀對主要罪狀而言並非是特別關係或補充關係，這一點是基本公認的。問題在於是否存在吸收關係，或具體來講，清洗黑錢這一之後作出的事實，是否（同前犯罪）一併受到懲罰[41]。

"犯罪競合"並非意味著在抽象意義上可適用的法條在邏輯和形式上的整合，而是指在普遍價值判斷下作出分析的問題——"非法行為的含義和內容之間的關係的價值論和目的論問題"[42]。鑒於相關行為的社會內涵，根據實質規定分析是否存在"犯罪競合"。若最終認為非法行為具有"多層社會意義"且應作出全面權衡，則屬"純正競合"。[43] 相反，若非法行為彼此關聯且僅有一種行為所實現之構成要件取得最終適用之效力，則屬"不純正競合"。為此須證明是否存在 "已成功作出的事實或最終出現的違法行為"[44]， 尤其考慮到以下情況：使用的可受到懲處的方法、程序或手段；伴隨發生的典型事實以及之後發生的一併被懲處的事實[45]。

---

33 與之對立的觀點， 見GERMANO MARQUES DA SILVA, "Notas sobre o branqueamento de capitais. Em especial das vantagens provenientes da fraude fiscal", in Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, António Menezes Cordeiro et alii (org.), (2007), pp. 451-457。

34 與之對立的觀點，見 GONÇALO SOPAS DE MELO BANDEIRA, "O crime de "branqueamento" e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português", in Ciências Jurídicas. Civilísticas; Comparatísticas; Comunitárias; Criminais; Económicas; Empresariais; Filosóficas; Históricas; Políticas; Processuais, Gonçalo de Sopas Melo Bandeira et alii (org.) Almedina, Coimbra, (2005), p 316 及其續后。

35 在向《葡萄牙刑法典》引入第368-A 條規定的3月27日第11/2004號法律訂立之前，與之相反的觀點見HENRIQUES GASPAR， "Branqueamento de capitais», in Droga e Sociedade. O Novo Enquadramento Legal, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, (1994), p 123 及其續后。

36 在3月27日第11/2004號法律訂立之后，與之相反的觀點見 JORGE DIAS DUARTE, "O novo crime de branqueamento de capitais consagrado no art.º 368.º-A do Código Penal", in Revista do Ministério Público (RMP), Abril- Junho de 2004, Coimbra Editora, Coimbra, (2004), p.129 及其續后。

37 葡萄牙憲法法庭的司法判例傾向於"法益多樣性"的觀點， 參見葡萄牙憲法法庭第566/04號合議庭裁判， 可查閱 www.dgsi.pt。

38 葡萄牙憲法法庭的司法判例傾向於"法益多樣性"的觀點， 參見最高法院第13/2007號統一司法見解之合議庭裁判，可查閱www.dgsi.pt。

39 在此方面，筆者十分讚同JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO提出的觀點，參見"Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau (BFDUM), (2008), Macau, China, pp. 343-362。

40 在法律法規的統一方面，問題在於法規之間的邏輯銜接，在援引的法規中可能會出現位階關係或優先關係，而鑒於法規的特殊性及補充性原則，可導致因一種或多種規定的適用而排除某種規定。在Figueiredo Dias 看來， "吸收關係"在嚴格意義上講並非一邏輯形式問題，而屬目的論問題，涉及到目的和內容，因而，不屬於法律或法規的統一問題。參見 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), p. 1000。

41 參見JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO， "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", cit., p. 344。

42 參見 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, cit., p. 1002。

43 參見 JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", cit., p. 344。

44 參見 JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal. Parte Geral. Tomo I, Questões Fundamentais. A doutrina geral do crime, cit., p. 1016 及其續后。

45 參見 JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", cit., p. 344。

上述情況正是筆者所關注的方面。需要明確在主要事實（導致非法利益之罪狀）之後作出的行為（清洗黑錢） 是否可單獨懲處，或是另加懲處，還是不應該作出懲處。最根本的問題是清洗黑錢罪是否可被視為“之後作出的一併被懲處之事實”。[46]

事實上，複數構成要件以及被侵犯的（不同的）法益的相似性是被堅決否定的，在此基礎上，刑法的闡釋者應將分析重心從強調法益的規範性內涵的學說理論轉移至構成生活世界的自然事實。

從具體實例出發，並以此為基礎，對法定罪狀作出全面分析，說明作為分析基礎的法規的合理性，同時，整體描述生活事件，體現其背後的不可去除的實質性。

在刑法層面作出的法律闡釋應在生活事件和受到特定法庭審理的法律事件之間建立起連續性。若一名司法官不具備可以促進生活和時間轉變的能力，那麼他將不能領悟到生活事件的深層內涵，但同時他又需要對相關的生活事件作出認知和正確的分析。

簡言之，有關清洗黑錢的法定罪狀的學說理論，雖然是規範性概念，但也對背後的事實作出全面審視，從而在自然事實中找尋到基於社會常態作出考慮的法律事實。

在清洗黑錢的法定罪狀中，“生活事件”這一自然概念體現出“社會常態”，若清洗黑錢者在清洗黑錢之前亦作出其他犯罪事實，則該行為人之自然行為主要旨在掩飾或隱瞞由前犯罪獲得之非法利益。隨後，前犯罪行為人（清洗黑錢者）ex-post facto捍衛其之前作出的犯罪行為。在前犯罪行為人（清洗黑錢者）方面無規範性的結構思維可言，但可基於“社會常態”，在之前出現的典型罪狀和由此獲得的非法財產利益之間建立關聯，從而相關行為的違法性繼續存在。

即便在經典學說的教義中 (EDUARDO CORREIA)，也僅存在一種刑事解決辦法。在現代，FIGUEIREDO DIAS提出了“犯罪目的一致”的觀點。

前犯罪行為人（清洗黑錢者）的唯一自然行為旨在利用由之前作出的符合罪狀的不法事實所得之非法利益，從而使得之後產生的社會危害性（前犯罪已導致該種危害性）不獨立存在。

在此引述JORGE GODINHO 教授的觀點：“清洗黑錢者應非作出引致利益之違法行為者，因此，若主要事實作出者和清洗黑錢者屬同一行為人，則該種情況屬非典型情況，將導致脫離實質理據的雙重懲處”[47/48]。

澳門立法者在訂立第2/2006號法律之時，在很多方面照搬了2004年葡萄牙的法律規定，但在有關清洗黑錢的問題上，除了“由自身或第三人獲得”的情況，在其他方面並未作出一致規定，這並非是偶然之事。 對此，可認為澳門立法者有意作出相關規定，以表明不讚成將相關犯罪列為“純正競合”。[49]

至此可以明確說明澳門立法者的意圖在於禁止一併懲處之後作出的事實，對主要犯罪的懲處已包

---

46 參見 JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, “Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?”, cit., p. 344。

47 參見 JORGE GODINHO, “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Volume III, Stvdia Ivridica 100, Ad Honorem 5, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Manuel da Costa Andrade et alii (org.), Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 398。

48 最高法院第13/2007號統一司法見解之合議庭裁判，可查閱www.dgsi.pt； 針對該裁判， 基於FIGUEIREDO DIAS 支持的有關“犯罪競合”的學說，PEDRO CAEIRO 提出其觀點： “問題在於吸收關係的本質，因此不可將該司法見解理解為清洗黑錢犯罪與《刑法典》第77條規定的前犯罪始終屬犯罪競合；而應認為存在‘犯罪競合’（而非“法律的統一”），但始終由相關法官來評定有關案件是否屬第77條規定之可懲罰之‘犯罪實質競合’，又或因吸收關係而導致最終僅一項犯罪受到懲處，因而屬‘犯罪之不純正競合’”；在此方面，參見 PEDRO CAEIRO, “A consunção do branqueamento pelo facto precedente, em especial: i) as implicações do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 13/2007, de 22 de Março; ii) a punição da consunção impura”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, cit., (2010), p. 221。

49 參見 JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, “Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?”, cit., p. 351。

含對之後作出之事實的譴責，雙重懲處將違反ne bis in idem（一事不再理）原則。[50/51]

1.2)

簡述Nemo tenetur se ipsum accusare（無人勢必會指責自己）原則以及德國在"目的之約束"原則方面的學說理論（對前犯罪涉及之非法利益的追溯）

上述闡明的理據屬"社會常態"範圍內，而在nemo tenetur se ipsum accusare（無人勢必會指責自己）原則不被接受的情況中，亦可找到相關的教義基礎。

事實上，在清洗黑錢者掩飾或隱藏來自前犯罪之非法利益的重要事實中[52] ，存在一符合制度的行為[53]（根據前文提到的有關"社會適當"的規定），而該制度呈現出動態發展並遵循相關的法典和法規[54]。

意即，在該類型情況中，相關制度不能也不應該要求前犯罪行為人（清洗黑錢者）忠實于法律[55]，這是因為該種情況不要求遵循有關法律[56]。

這一不可要求性的基礎是雙重禁止強制被告與刑事司法機關合作：一方面，是出於源自 "人格尊嚴"原則（《葡萄牙共和國憲法》第1條及《澳門基本法》第30條第1款）的"一般行為自由"；另一方面，是出於"目的之約束"原則（對前犯罪涉及之非法利益的追溯），同時，固然受到nemo tenetur se ipsum accusare（無人會指責自己）原則的絕對性的影響。

為此，德國聯邦憲法法院在司法見解方面達成共識，在反對"強制自我歸罪"方面，憲法作出規定予以保護，在原則上包括"遵守法律義務"和"自願合作"（《葡萄牙一般稅法》第30條第2款，第59條及其續后）[57]，這是一般人格權和一般行為自由的具體體現，即使存在"揭發可受到刑事處罰的行為"的義務，

50 參見 JORGE ALEXANDRE FERNANDES GODINHO, "Branqueamento de capitais e crime principal: Concurso efectivo ou aparente?", cit., p. 353。

51 就葡萄牙法律而言，" 修訂后的《刑法典》第368-A條第2款規定清洗黑錢犯罪和前犯罪屬犯罪競合，該修訂在實質上不符合憲法，因為違背了《根本法》第29條第5款規定的ne bis in idem （一事不再理）原則" ； 在此方面，參見ANDRÉ LAMAS LEITE, "Do crime antecedente e do delito de branqueamento praticado pelo mesmo agente: regresso ao passado?", in Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia e Direito, Coordenação: José Neves da Cruz/Carla Cardoso/André Lamas Leite/Rita Faria, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 473。

52 參見德國學說，HANS-JÖRG SCHWAB, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, Bëck, München, (2003), p. 302; BERND SCHÜNEMANN, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, (1971), p. 387; KLAUS ROGALL, "Bemerkungen zum Versuch der Beteiligung", in Strafrechtwissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift (FS) für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Martin Böse et alii (hrsg.), Berlim, (2010), pp. 865-873。

53 參見德國學說，PRITTWITZ, "Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?", in ZIS, 2, (2012), pp. 218-220。

54 參見 AUGUSTO SILVA DIAS, "O Direito Penal como instrumento de superação da crise económico-financeira: estado da discussão e novas perspectivas", in Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, (Journal of Law and Crime Sciences), N.º 0, Julho-Dezembro 2014, Almedina, Coimbra, (2015), p. 52。

55 參見西班牙學說， MERCEDES GARCIA ARÁN, "Artículo 31 bis", in Comentarios al código penal, Parte general, Juan Córdoba Roda et alii (org.), Marcial Pons, Madrid, (2010), p. 396。

56 參見TERESA QUINTELA DE BRITO， "Relevância dos mecanismos de "Compliance" na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes", in Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais, (Journal of Law and Crime Sciences), N.º0, Julho-Dezembro 2014, Almedina, Coimbra, (2015), p. 82。

57 參見 HUGO LUZ DOS SANTOS, "O recurso aos métodos indirectos de avaliação da matéria colectável e a prova indiciária, à luz do recente acórdão do TRE, de 26/02(2013: o virar da página?", in: Revista Fiscal (RF), Setembro-Outubro de 2014, Vida Económica, Porto, (2014), passim。

亦然。[58]

反對自我歸罪的nemo tenetur se ipsum accusare（無人勢必會指責自己）原則的核心內容在於其絕對不容侵犯且受到保護的領域，涉及到“主動自我歸罪”，其對立面即無關緊要的“被動自我歸罪”[59]，尤其是因“被動許可” [60]而出現的“被動自我歸罪”情況。

對嫌犯主動自我歸罪的可要求性在價值規範層面意味著對嫌犯人格尊嚴的嚴重侵犯（《葡萄牙共和國憲法》第1條及《澳門基本法》第30條第1款），而嫌犯本身則促進了自我歸罪。[61]

在“主動自我歸罪”方面，嫌犯被強制作出“意願行為”，而對外界而言卻是其“一般行為自由”的表現； 由此可得出，嫌犯被利用以達到相關目的，嫌犯起到的作用不僅僅在於人體方面，亦關聯到能夠自主決定意願的人格。[62]

nemo tenetur se ipsum accusare （無人勢必會指責自己）原則集中體現了法治的根本內容，而法治的基礎理念是對人格尊嚴的尊重。[63] 面對這樣一種有利於人格權實現的決定，在刑事檢控中集體利益應作出讓步。[64]

透過“人格尊嚴”原則，嫌犯可自由決定是否願意被利用以促成對其本身的判罪。[65]

因此，可在嫌犯的一般行為自由、崇高的人格尊嚴以及嫌犯表達與刑事司法機構合作的意願之間建立關聯。

因其人格尊嚴（《葡萄牙共和國憲法》第1條及《澳門基本法》第30條第1款）的核心內容，法官不再期待嫌犯主動承認其刑事法律責任。

因而，若前犯罪直接行為人（清洗黑錢者）受益於由前犯罪所產生之非法利益，那麼，一方面，體現了嫌犯的一般行動自由；另一方面，切實地表現出嫌犯絕對的人格尊嚴，因此嫌犯可拒絕向刑事司法部門主動提供合作。

---

58 參見德國聯邦憲法法院合議庭裁判（2004.10.10及1981.01.13），in Neue Juristiche Wochenschrift (NJW), (2005), p. 3。

59 相關德國學說，參見 VOGEL, “Informationstechnologische Herausforderungen an das Strafprozessrecht”, in Zis, (2012), pp. 485-487；德國最高聯邦法院就一宗有關自我歸罪的案件作出分析，案中嫌犯並未意識到其講話已通過隱藏的刑事調查手段被錄音，從而承認實施一嚴重犯罪，據此，法院認為儘管（嫌犯）已自認實施一嚴重犯罪，但牽涉到“不可侵犯的人格尊嚴”，主要是其中的“一般人格權利”；因此，法院決定禁止對之前的自我認罪內容作出價值權衡。德國最高聯邦法院2011年12月22日合議庭裁判，HRRS, (2012), n.º 268。

60 參見德國學說，KASISKE, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, JuS, (2014), pp. 23-26; R. ZUCK, “Faires Verfahren und der Nemo tenetur-Grundsatz bei der Besuchsüberwachung zu BGH, Urteil v. 29.04.2009”, in Juristische Rundschau (JR), (2010), pp. 18-27。

61 參見 MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, in Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 144.º, Novembro-Dezembro de 2014, N.º 3989, Coimbra Editora, Coimbra, (2015), p. 144, nota 26。

62 參見KASISKE, “Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess”, cit., p. 16。

63 參見 MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, cit., p. 146，其觀點與德國聯邦法院的觀點極其相似。

64 參見MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, cit., p. 146。

65 參見MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, cit., p. 146.

據此，在經適當調整之後，嫌犯可從“受目的約束”之原則[66]中獲得目的論理據以拒絕為自我認罪主動提供合作，該原則意味著獲得非法利益之目的（根據上文所述規定，是相關行為非法性的延續存在）和使用目的（對來自前犯罪之非法利益的利用）需體現出一致性。

《葡萄牙共和國憲法》和《澳門基本法》未對nemo tenetur se ipsum accusare（無人勢必會自責）原則提供絕對的保護，而該絕對保護的對立面則是絕對禁止變更上述自我歸罪之數據資料之目的[67]。

可以清楚看到，前犯罪之行為人（清洗黑錢者）隱藏或掩飾前犯罪所引致之非法利益的行為與嫌犯無須與司法機關合作的明確說明是一致的。[68]

事實上，在學說[69/70] 和司法見解[71]中就一觀點廣泛達成共識， 即在任一訴訟程序中，無論嫌犯在何種程度上促成自我歸罪，始終享有沉默權（nemo tenetur se ipsum accusare原則的基礎），美國學說[72]將此視為“透過公平達到合法性”（legitimacy through fairness）的必然結果。

無論“不自我歸罪”原則（nemo tenetur si ipsum acussare）的基礎屬實質性[73]又或程序性[74/75] ，可明確體現出一點，即若僅透過向司法機關及刑事警察機關強加澄清或作出警戒之義務（《澳門刑事訴訟法典》第47條第2、3款，第50條第1款g項，第128條第5款）來確保實現上述原則的實質內容，則根據《澳門刑事訴訟法典》第47條第3款規定，禁止衡量價值，並且通過酷刑、脅迫、侵犯身體或精神的完整性而獲得的證據無效（《澳門刑事訴訟法典》第113條第1款）；若禁止共同被告作為證人提供證詞的根本原因是保護被告本身，這是聲明及陳述自由所帶來的消極後果，也在nemo tenetur se ipsum accusare原則中得以體現，有關禁

66 參見德國學說， GUSY, “Polizeiliche Datenverarbeitung zur Gefahrenabvehr”, in: Zeitschrift für das juristische Studium, (2012), pp. 150-163; ROGALL, Festschrift für Kohlmann (FS), (2006), pp. 456-467。

67 參見MANUEL DA COSTA ANDRADE, “Nemo tenetur se ipsum accusare e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, cit., p. 151; no mesmo sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, “O regime dos “conhecimentos da investigação” em processo penal – Reflexões a partir das escutas telefónicas”, in Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 142.º, Julho-Agosto de 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), pp. 355-358。

68 參見 DAMIÃO DA CUNHA, 博士論文，O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de Estrutura Acusatória, Universidade Católica Publicações, Porto, (2002), p. 344。

69 參見 AUGUSTO SILVA DIAS/VÂNIA COSTA RAMOS, O Direito à não auto-inculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português, Coimbra Editora, 2009, p. 34 及其續后; VÂNIA COSTA RAMOS, “Parte I, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare”, in Revista do Ministério Público (RMP), n.º 108, Coimbra Editora, Coimbra Editora, (2006), pp. 132-133。

70 參見 AUGUSTO SILVA DIAS, “Têm os deveres de cooperação do art.º 7.º e ss do DL N.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, Implicações Processuais Penais ou Contra – Ordenacionais”, in Direito Penal Económico e Financeiro, Conferência do Curso Pós – Graduado de Aperfeiçoamento, Coordenadores Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias; Paulo de Sousa Mendes, Coimbra, Coimbra Editora, (2012), p435 及其續后。

71 在此方面，憲法法院第155/07號合議庭裁判 (Gil Galvão)；憲法法院第 695/95號、542/97號、155/07號、304/2004號、181/2005號、340/2013號合議庭裁判，可查閱www.dgsi.pt；在歐洲人權法院的司法判例中，參見 Bykov v. Russia (2009); Alan v. Reino Unido (2003); Jalloh v. Alemanha (2006)。

72 參見 DAVID LUBAN, “Fairness to Rightness: Jurisdiction, Legality, and the Legitimacy of International Criminal Law”, in Georgetown Law Faculty Working Papers, July 2008, (2008), p. 13。

73 參見 VÂNIA COSTA RAMOS, “Parte II, Corpus Iuris – Imposição ao arguido de entrega de documentos e nemo tenetur se ipsum accusare”, in Revista do Ministério Público (RMP), n.º 109, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), p. 60。

74 參見FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO, Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova (CMVM), Almedina, Coimbra, (2009), p. 39。

75 參見 LARA SOFIA PINTO, “Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido. Case Study: revelação coactiva da password para desencriptação de dados – resistence is futile?”, in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos sobre a Teoria da Prova e Garantias de Defesa, Coordenação da Teresa Pizarro Beleza/Frederico Lacerda Costa Pinto, Coimbra, Almedina, (2010), p. 107。

止的規定說明了國家在刑事調查中不會強制要求（嫌犯）提供協作，[76]在對相關嫌犯作出犯罪事實調查之時，不得違背憲法中固有的善意[77]。

按照上文提出的思路，具體到嫌犯向審判法庭提交文件[78]的情況，歐洲人權法庭在合議庭裁判（25/02/1993）中提到：嫌犯有權不提交不利於其本身的文件或證據[79]，否則將就侵犯公正程序之權利（《歐洲人權公約》第6條第1款）[80]和無罪原則（《歐洲人權公約》第6條第2款）作出相應懲處，這是因為歐洲人權法庭認為“不應強制嫌犯自我歸罪”。

透過同樣的角度，當時的歐洲聯盟法院在有關Orkem　的司法見解[81]中提出“不作出自我歸罪之權利僅僅是無罪推定原則之產物”。

因而可認為，“逃避法律制裁是之後出現的一階段，並且該階段始終存在；若行為人的逃離屬非典型行為，那麼資本外逃為何不屬於同一種情況呢？”[82]

76　參見憲法法院第133/2010號合議庭裁判，可查閱www.dgsi.pt。

77　借用MANUEL DA COSTA ANDRADE的名句 “在上個夏季猛然……”，《刑事訴訟法典》的改革——對一可能並且應呈現出不同面貌的法律作出之批判性評論（ “Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente” ），in Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ), Ano 137, N.º 3948, Janeiro/Fevereiro de 2008, Coimbra Editora, Coimbra, (2009), p. 148。

78　有關“nemo tenetur se ipsum accusare”原則適用之範圍，尤其是在遞交相關文件方面 ，參見PAULO DE SOUSA MENDES, “O dever de colaboração e as garantias de defesa”, in Revista Julgar, n.º 9, Setembro-Dezembro de 2009, (2009), pp. 18; 有關在刑事訴訟程序中對嫌犯辯護權的保障，分別參見憲法法院第70/2008號、第263/20號、第263/2009號、第551/2009號、第645/2009號以及第175/2010號合議庭裁判， 可查閱www.dgsi.pt。

79　同樣的觀點，參見歐洲人權法院2001年5月3日合議庭裁判，可查閱 http://echr.coe.int/echr； 參見JOANA COSTA, “O princípio nemo tenetur na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in Revista do Ministério Público (RMP) n.º 128, Outubro-Dezembro 2011, (2011), Coimbra Editora, Coimbra, p 151 及其續后；參見歐洲人權法院2009年7月21日合議庭裁判，可查閱 http://echr.coe.int/echr； HELENA GASPAR MARTINHO, “O direito à não-autoincriminação no direito da concorrência”, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Comissão Organizadora: Armando Marques Guedes; Maria Helena Brito; Ana Prata; Rui Pinto Duarte; Mariana França Gouveia, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p1073 及其續后； CATARINA ANASTÁCIO, “O dever de colaboração no âmbito dos processos de contra-ordenação por infracção às regras de defesa da concorrência e o princípio nemo tenetur se ipsum accusare”, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, (2010), Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2010), p228及其續后； VÂNIA COSTA RAMOS, “Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência-Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa”, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, cit., pp. 184-185; apelando ao princípio da lealdade processual, PAULO DE SOUSA MENDES “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano I, Número 1, Janeiro-Março 2010, cit., p139及其續后； 在德國學說中，參見 ELISABETH KÖCK, “Nemo-tenetur-Grundsatz für Verbände”, in Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, CHRISTIAN GRAFT/URSULA MEDIGOVIC (hrsg.), Wien/Graz: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, (2004), pp. 267-279; 在英國學說，參見ANGUS MACCLLOCH, “The privilege against Self-incrimination in Competition Investigations-Theoretical Foundations and Pratical Implications”, in Legal Studies, Volume 26, n.º 2, Junho, (2006), pp. 211-237; 不同的觀點，參見 DIANA ALFAFAR, “O dever de colaboração e o nemo tenetur se ipsum accusare no direito sancionatório da concorrência”, in Revista da Concorrência e Regulação, Ano III, Número 11/12, Julho-Dezembro 2012, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, (2013), p336及其續后。

80　美國最新學說在此方面提出“providing due process” 以及 “ensure fundamental fairness”；參見WALLACE B. JEFFERSON, “Liberty and Justice for some: How the Legal System Falls Short in Protecting Basic Rights”, in New York Law Review, Volume 88, Number 6, December 2013, (2013), p. 1970。

81　在此方面，參見初級法院2001年2月2日第T-112/98號卷宗之合議庭裁判； Limburgse Vinyl Maatschappij NV 合議庭裁判及其它裁判； TJCE合議庭裁判（07/01/2004），第 C-204/00P、 C-205/00P、 C-211/00P、C-213/00P、 C-217/00P以及 C-219/00P號卷宗之合併； TJCE合議庭裁判（ 29/06/2006）， 第 C-301/04號卷宗 ； 律師Bot就Erste Bank案件作出之結論（ 2009年3月26日） 。

82　參見 V. JORGE GODINHO， “Sobre a punibilidade do autor de um crime pelo branqueamento das vantagens dele resultantes”, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, cit., p. 398。

2)

前犯罪行為人（清洗黑錢者）行為之社會適當性及經濟適當性問題，在清洗黑錢之法定罪狀的目的論範疇內出現的中立行為問題及其重要性，根據現時在德國學說中出現的"允許作出的冒險行為"作出分析，以便在清洗黑錢之行為人亦是前犯罪之行為人的情況下，排除清洗黑錢的罪狀。

在本文分析的具體情況中，可看出行為的社會適當性和經濟適當性的極大重要性。

那麼，何為"行為的社會適當性"？

"行為的社會適當性"體現於對行為作出一般衡量的原則中，該原則不僅在對刑法規定的詮釋中起到至關重要的作用，在民法、勞動法及其他法律中亦然。[83]在某些情況中，鑒於合法性原則的重要意義，行為的社會適當性和經濟適當性問題在刑法中尤其突出，須根據規定對行為的各個方面作出衡量，最終由行為的社會意義決定與法律意義的相容性。[84] 若確實不可局限於在形式上解讀定罪規定，那麼負刑事責任的前提條件就可能不得獨立存在，且在該情況中相關行為具有真正的社會適當性，若有關罪狀成立，則無需對相關行為作出價值衡量。[85]

區別于傳統方式且更為廣泛的（法規）闡釋不僅僅在於對單一罪狀的集合作出評價或證明，亦需考慮到有關行為的客觀罪狀的所有意義，權威學說在此方面提到"有害結果之意義"[86]。

罪狀始終帶有某種消極意義，指代在社會和法律層面不具價值的行為，而在社會中屬正常且被接受的行為則具有一定的價值。

從而審判者應對在社會層面對相關行為作出全面評價，以便清楚其整體意義是否與罪狀意義相符。立法者在法律中作出定罪的相關行為應在具體情況中得到社會認可[87]； 有關社會行為，若立法者試圖將之與罪狀建立聯繫，則該行為不應被視為"單純事實"，而應將其理解為在一憲制價值體系中的根本價值[88]。

因此，在適用刑法規定之時，該規定與社會現實應保持緊密聯繫。[89]

社會現實與刑法規定之間存在不可分割的關係，前者證明了後者的有效性和法律性；基於相關教義，可將前犯罪行為人（清洗黑錢者）作出之行為的社會適當性與經濟適當性相聯繫，而在兩者有所區別的情況中，分別有不同的具體體現。

那麼，何為行為的經濟適當性？

---

83 參見德國學說HANS WELZEL，Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58, Berlin, (1939), pp. 491-516。

84 參見MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA， "Acerca da fronteira entre o castigo legítimo de um menor e o crime de maus tratos do art.º 152.º, do Código Penal; Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 05 de Abril de 2006"，in Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC), Ano 16, N.º 2, Abril-Junho de 2006, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), pp. 330-331。

85 參見在此方面葡萄牙最具權威的學說， MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA博士論文， A Adequação Social da Conduta no Direito Penal, ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal， Universidade Católica Portuguesa, Porto, (2005), p87及其續后。.

86 參見德國學說 ESER, "Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverszichtbare Rechtsfigur? Überlegungen anhand sozialüber Vorteilsgewährungen"，in Festschrift für Claus Roxin, Walter de Gruyter, Berlin, New York, (2003), p199 及其續后。

87 參見 MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA, "A Adequação Social da Conduta no Direito Penal (ou a relevância do simbolismo social do crime)"，in Direito Penal, Fundamentos Dogmáticos e Político – Criminais, Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld, Organização: Manuel da Costa Andrade et allii, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 290。

88 參見德國學說 KÖNIG, Das recht im Zusammenhang der sozialen Normensystem», in Seminar: abweichendes Verhalten, Band I, Lüderssen/Sack, 2. Auflage, Frankfurt, (1982), pp. 200 e ss.

89 參見西班牙學說 ROLDAN BARBERO， Adecuacion social y Teoria jurídica del Delito, sobre lo contenido y los limites de una interpretacion sociológica restrictiva de los delitos penales, Universidad de Cordoba, Monografias, n.º 190, Cordoba, (1992), p. 79。

經濟適當性理論是在經濟法律層面對某種行為作出衡量，若該種行為是高度資本化的全球經濟市場中行動自由的體現，且具備經濟適當性，那麼，即使損害了經濟法益（自由競爭），亦將其從經濟犯罪中排除。

若行為體現出積極的經濟目的（比如財富最大化），那麼，即使該行為對法益造成損害，亦不屬於經濟犯罪範疇。[90]

還可透過另一事實來解釋前犯罪行為人（清洗黑錢者）作出的自然行為為何不具典型性，即因行為在社會層面的整體意義，教義將其視為“中立行為”，“法律世界的限制”由此體現，面對未明顯表現出可受到處罰的行為，法律僅局限於作出不處罰的決定[91/92/93].

因此在典型的社會關係中，並未違反消極義務（不對第三方造成損害）；[94]透過適當性、必要性和適度性的要求（《葡萄牙共和國憲法》第18條第2款）所體現出的行為規定的合法性，限制了刑事法律義務的存在。[95]

若確實如上文所述，那麼在上述的“中立行為”（利用因前犯罪所獲之非法利益）中則隱含著“允許出現風險”的規定。[96]

CLAUS ROXIN認為，若行為人在允許的風險範圍內[97/98]作出相關行為，則不應承擔法律刑事責任，在本文中相應的情況是前犯罪的行為人（清洗黑錢者）隱藏或掩飾因前犯罪所獲之非法利益。

因而，行為人應就有害後果創建一“未被允許出現的風險”，從而該有害後果可在客觀上將行為人定罪。[99]

鑒於清洗黑錢者的自然行為所導致之社會危害與之前出現的罪狀有著固有的功能關聯，不會產生在德國學說中提到的“利益的有害改變”。[100]

---

90 參見 IVAN LUIZ DA SILVA, “Introdução à teoria da adequação económica da conduta no direito penal económico” in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, N.º 1, Janeiro-Março de 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p 46。

91 參見西班牙學說 RICARDO ROBLES PLANAS, La participácion en el delito: fundamento y limites, Madrid/Barcelona: Marcial Pons, (2003), p. 33。

92 參見巴西學說 LUÍS GRECO, Cumplicidade através de acções neutras. A imputação objectiva na participação, Rio de Janeiro, Renovar, (2004), p. 110。

93 參見 VINICIUS DE MELO LIMA, “Acções neutras e branqueamento de capitais”, in C & R, Revista da Concorrência e da Regulação, Autoridade da Concorrência, Instituto de Direito Económico Financeiro e Fiscal da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano III, Números 11/12, Julho/Dezembro de 2012, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 171-182。

94 參見西班牙學說 RICARDO ROBLES PLANAS, “Deberes negativos y positivos en Derecho Penal”, in www.indret, Barcelona, (2013), p. 13；有關清洗黑錢之法定罪狀，參見p. 17。

95 參見德國學說， FREUND, “Zur Legitimationsfunktion des Zwecksgedankens im gesamtem Strafrechtssystem”, in Straftat, Strazumessung und Strafproze& im gesamten Strafrechtssystem, Heilderberg, (1996), pp. 46-47。

96 在經濟刑法領域， 參見JOSÉ DE FARIA COSTA, “Direito Penal Económico e as Causas Implícitas de Exclusão da Ilicitude”, in Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Volume I, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, (1998), p. 423。

97 參見德國學說 CLAUS ROXIN, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, (1989), pp. 237-239。

98 參見德國學說 RUDOLPHI, SK StGB, 6. Auflage, (1997), Vor § 1 marg. 57。

99 參見德國學說 CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, (2006), § 11, marg. 47。

100 參見 URS KINDHÄUSER, “Aumento do Risco e Diminuição do Risco”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 1, Janeiro-Março de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 20。

因此，筆者認為，前犯罪行為人（清洗黑錢者）作出的隱藏或掩飾因前犯罪所獲得之非法利益的自然行為屬被允許的冒險行為，促成之後可一併處罰的事實的產生。[101]

在前犯罪行為人清洗黑錢的法定罪狀方面，須遵守“憲法文本的本義以及突出憲法文本內容的原則”[102]

3)

結論

§隨著葡萄牙和澳門分別在2004年和2006年作出相應的法律改革，可以明確看到保護的法益即司法公義：若掩飾前犯罪所得利益以便不被國家發現、扣押及查收，且該行為發生於行為人已從前犯罪獲得一定利益之後，則可對清洗黑錢的行為作出相應懲處。

§與澳門法律法規相一致的正確理解，簡言之即清洗黑錢之犯罪在於隱藏或掩飾前犯罪所獲利益之來源或安置，從而使得該些利益難以被發現、扣押及查收。澳門於2006年核准的法律變更明確規定了該政治刑事目的，在新法律的註解部分清晰表明保護的法益即司法公義。

§前犯罪事實之正犯（清洗黑錢者）ex-post facto認為之前作出的犯罪行為合法。在前犯罪行為人（清洗黑錢者）方面無規範性的結構思維可言，但基於“社會常態”，可在之前作出的符合罪狀的不法事實和由此獲得的非法財產利益之間建立關聯，相關行為的違法性從而繼續存在：屬之後作出的一併處罰的事實；屬中立行為；屬社會適當和經濟適當的行為，涉及到一被允許的風險行為，因而是有關被允許的風險的隱含規定。

§即使在筆者不認同的經典學說教義(EDUARDO CORREIA)中，也僅存在一種刑事解決辦法；在現代學說中，FIGUEIREDO DIAS提出“刑事犯罪目的的統一”。

§ 由此看來，前犯罪事實之正犯（清洗黑錢者）的唯一自然行為，旨在利用由之前作出的符合罪狀的不法事實而獲得的非法利益，因而針對之後出現且由前犯罪導致的社會損害，不得單獨作出法律處理——違背了ne bis in idem（一事不再理）原則（《葡萄牙共和國憲法》第29條第5款）。

§前犯罪之直接行為人（清洗黑錢者）利用因前犯罪所得之非法利益，該行為一方面體現了嫌犯的一般行動自由，另一方面表現出崇高且絕對的人格尊嚴，從而可拒絕主動與刑事司法機關合作。

§有鑒於此，拒絕主動提供合作以自我歸罪的行為體現了nemo tenetur se ipsum accusare原則，該原則在“受目的約束”原則（Zweckbindung）（ex-post facto利用因前犯罪而獲得之非法利益）中，經適當調整后，可找到其在目的論方面的理據。在“受目的約束”原則中，獲得非法利益之目的（違法行為繼續存在）和利用該非法利益之目的（ex-post facto利用因前犯罪所獲得之非法利益）需保持一致。

2015年2月7日，於葡萄牙亞速爾群島奧爾塔，2015年9月作出修改

101 參見 ANDRES HOYER, “Risco Permitido e Desenvolvimento Tecnológico”, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 20, N.º 3, Julho-Setembro de 2010, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 366。

102 參見美國學說 JACK M. BALKIN, “Framework Originalism and The Living Constitution”, in Yale Law Journal, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 82, February 2008, (2008), p. 4。

法律翻譯的複雜性——在此方面的一些思考

Cândida da Silva Antunes Pires [1]

Si nous parlions la même Langue
et partagions la même culture,
nous n'aurions plus rien à échanger».
MICHEL SERRES [2]

I.主題介紹[3]

如果在人類認知的法律科學領域以及在具體情況中適用法律科學方面確實存在無人敢於挑戰的複雜問題，那麼我們在標題中列出的和我們在下文將探討的內容，更是難中之最。

在這裡不適合深入徹底地剖析所有相關問題，這些問題是如此棘手並且有著不可否認的現實性，它們引發了法學家的探討興趣，其中可能也有理論性或實踐性的法學家，或者比較研究性的法學家，又或是立法者、審判人等；此外，還促使語言學家、術語學家、詞彙學家展開相關研究。即使是研究所有法律詞條的法律語言學家，他們在研究中建立起方法論，為法律用語尋求科學嚴謹性，但對該些問題仍抱有探討的熱情；甚至對翻譯家和相關的技術員而言，在他們努力進行翻譯工作的時候，依然會面臨疑問和困惑。

正如Ionesco的門徒，認為計數因所有可能出現的情況的疊加而產生的結果是無稽之談，我們也不會在這裡為數以無計的困惑列出確定又或暫時性的答案。

---

1 澳門大學法學院副教授。
自1985年開始成為澳門特區永久居民。里斯本古典大學法律學士及法律科學碩士。之後從事律師職業，在葡萄牙和澳門擔任過登記及公證顧問。1987年澳門《民事登記法典》訂立參與者。澳門《民事訴訟法典》訂立咨詢委員會成員（1997-1999）。經澳門特區行政長官任命，成為澳門律師業高等委員會委員。澳門大學法學院學報及佛得角《法律及公民身份》（Direito e Cidadania）雜誌編輯委員會委員。澳門世界貿易中心仲裁中心裁判。從1989年開始直至現今，負責澳門大學法律系“法制比較”及“民事訴訟法I、II”本科課程教學，在研究生課程中教授“民事訴訟”模塊， 同時亦教授法律翻譯及法律實踐研究生課程中的“多元化爭議解決”模塊。於澳門保安部隊高等學校多年教授勞動法課程（治安警官培訓課程）。澳門法律及司法培訓中心導師（仲裁、登記及公證和法律用語課程）。澳門律師公會實習律師課程導師（民事登記法）並在該公會教授“澳門法律適應及法律認知更新”課程（多期）。透過第53/2011號批示建立的隸屬於澳門特區行政長官的“公職司法援助委員會”。曾於葡萄牙、西班牙、美國、巴西、日本、莫桑比克、佛得角、中國大陸及澳門參加各代表大會及研討會，在民事訴訟法、仲裁、勞動法、家庭法、環境法及訴訟費用方面作出發言、編寫教材等。參與編寫《澳門民事訴訟法典——注釋與評論》（Código de Processo Civil de Macau – Anotado e Comentado）（共兩冊）以及《澳門的仲裁公正——內部自願仲裁》（Justiça Arbitral em Macau – A Arbitragem Voluntária Interna）。個人著作有《佛得角新民事訴訟》（O Novo Processo Civil de Cabo Verde）以及《佛得角民事保全管轄權》（A Jurisdição Cautelar Civil em Cabo Verde），分別於2011年12月和2015年7月在佛得角普拉亞發佈。參與編寫《民法一般理論——民事訴訟法I——輔助教材》（Teoria Geral do Direito Civil – Direito Processual Civil I – Materiais de Apoi）（澳門官樂怡基金會）。著有《澳門法律——反思及研究》（Direito de Macau – Reflexões e Estudos）（澳門官樂怡基金會）以及《澳門民事訴訟課程》（Lições de Processo Civil de Macau）（澳門大學及Almedina出版），參與編寫《民事保全管轄權之意義及限制》（ Sentido e Limites da Jurisdição Cautelar Civil）（澳門大學及Almedina出版）.

2 1993年11月10日第1513期Nouvel Observateur，p. 55刊登之採訪。 MICHEL SERRES 是法國哲學家、大學教授及作家，著有有關人文科學的多部書籍及散文，其中很多被譯為英文。

3 本文旨在更新我們在十多年前著手進行的研究，重新探討有關法律翻譯的複雜問題。
該話題在多語和雙語範疇具有無可爭議的重要性，澳門特區的執政人士對此十分關注，並開始逐步培養法律語言學家，體現在以下方面 1）支持建立法律研究的研究生及碩士課程；法律研究是一門旨在對改進法律訂立過程的方法和技術做出系統研究的科學，而在此方面澳門大學將會起到突出作用；2） 推動舉辦相關研討會。澳門於2011年11月14日至17日舉辦了以“雙語及多語法制的立法經驗以及立法管理”為主題的研討會，來自瑞士和葡萄牙的著名法律專家參加了該次研討會，其中有LUZIUS ANTON MADER教授以及MARTA TAVARES DE ALMEIDA女士，本文將特別提到這兩位的重要貢獻。

筆者將在本文中涉足之前研究的領域，對在語言和法律的聯繫中出現的困難作出更全面的反思，這是在特殊的領域中有著巨大的實際意義的問題。此外，多年從事法律和立法工作以及教授法律（具體而言，在比較法領域）[4]，筆者在極其獨特並且萬般變化的時空領域內，比如現在的中華人民共和國澳門特別行政區，積累下一定的經驗，在本篇文章中，筆者也希望與讀者分享。

筆者通過一直以來進行的研究，得以了解到各種情勢，一些相當棘手，在世界的不同地方、最為偏遠的地方出現；在現今的時代，對該些形勢的價值的意識以及相關情況全球化的一種趨勢（也許還會出現更多）促成了一些機關[5]的建立以及國際研討會的召開，比如歐洲範圍及跨大西洋性質的研討會，從而相關領域的專家可進行討論及交流經驗。

事實上，就“舊大陸”而言，語言及法律多元化的歐洲的驚人發展使得語言學在法律的多個層面突出。那些最為廣泛使用的語言的法律詞典編撰家，可以共同努力實現一個沉默多年的夢想：一本真正的法律用語書，是基於科學的方法論，匯集同一詞在不同國家和不同法制中的不同含義，同時亦提供語法、文體和詞源的有關知識，列出可信且明了的例證[6]。

我們需要相信，在世界上，一個僅用一種語言表達法律的國家是不存在的。現實中的情況各異：有些國家僅行使一種法律，但必須以兩種或更多種語言表達；在其他毗鄰國家之間，以不同語言表達的法律同時存在並且同時生效；另外一些國家的情況是多變不定的，多種法制交錯實施，以多種語言表達。

如果語言、用語以及思維方式的多樣性可以在任一人類認知區域引起不安和質疑，那麼我們必須承認，在法律層面，主要是成文法方面——無論是規範條文，從其訂立到闡釋再到實際適用，還是學說法理，甚至是司法見解，每一種都帶有自身的特點，鑒於不同法制或不同法系之間存在的差異以及不同制度之間不可避免出現的不匹配情況，待解決的問題在數量及複雜性方面均有進一步增加。

在各國家之間或者在各個國家中存在的法律和語言上的差異[7]，雖然並不明晰，但足以在國家、超國家或國際層面引致出錯綜複雜的問題，同時，因為不同秩序中出現的差錯、不協調和意外情況以及相應的嚴重性，幾乎不可能找到問題的解決方法。

對該些問題，或者對最為常見的問題作出簡單的分析，將是在尋求相應解決辦法的道路上邁出的第一步。

---

4 曾經在澳門大學（之前的東亞大學）於1989年8至9月的暑期班中教授“法律用語”課程；擔任澳門法律及司法培訓中心的導師，教授“法律程序用語”課程。

5 著名的機構有Centre International de la Common Law en Français (CICLEF)，總部位於布魯塞爾。

6 指的是1991年面世的一部久經時日才完成的作品 – JURIDICTIONNAIRE Recueil des Difficultés et des Ressources du Français Juridique ，作者 JACQUES PICOTTE 和 CLAUDE PARDONS,，加拿大蒙克頓大學法學院（法律翻譯及法律術語中心）。在 www.cttj.ca/documents.juridictionnaire,pdf 網頁上可看到該部作品，於2011年5月更修訂，根據其作者所言，修訂的原因是“ L’absence d’une terminologie française propre à la common law, la coexistence et l’interaction de deux systèmes juridiques, l’influence de la common law sur le droit public canadien et sur la langue de ce droit, l’anglicisation insidieuse, non seulement du vocabulaire, mais peut-être plus encore de la syntaxe et du style, et, surtout, la carence d’instruments aptes à guider les traducteurs et les rédacteurs juridiques ”。

7 僅僅當比較語言研究者實現統一各大法律的目標時，才得以消除這一障礙。又或存在另一更為遠大的目標，可能是難以實現的：作為國際性且簡化的語言，僅有十六個語法規則的世界語是否有可能在法律界適用？
為了分析並解決在當代的國際範圍內出現的翻譯問題，可以查看由SÓNIA CRISTINA MIGUENS PRATA於2014年12月在葡萄牙天主教大學所作的翻譯碩士論文，題為“國際司法互助中的法律翻譯”（A Tradução Jurídica no Âmbito da Cooperação Judiciária Internacional）可在repositório.ucp.pt/distraem/10400.14/17293/1/Relatório de mestrado_Tradução Jurídica.pdf 網頁查看，該網站提供有助於研究法律翻譯藝術的參考資料和信息。

II.語言和法律：有何關聯？

1.還是交由專家在“語言”和簡單的“方言”或其他表達思想的方式之間作出嚴格的區分，並對其功能作出分析，比如工具性質或傳輸性質，這是“語言”在社會生活中所起到的作用；將“法律”放置於一個更廣闊的接受群，即普通公民，那麼從經驗來看，無論是作為科學，還是規範集合，最根本的是在一開始就著重指出：“法律”和“語言”儘管“外表各異”，但是聯繫相當緊密。

1.1.對每一個人來說，語言的學習是第一步，也是至關重要的一步，而於法律學習而言，如果會出現，則必定是繼語言學習之後。“語言”是“母親”，法律則是“成人”。

但如果我們想到，從很小的時候開始，孩子們就被禁止做一些事情，行為受到限制，還在自己與其他事物的關係中明白了“擁有”的概念，那麼上述的對立就會趨於消失。這是一個基本的事實。

如果我們在一個特定的社會從整體上單獨考慮“法律”和“語言”，兩者的緊密聯繫顯而易見。

這不僅僅因為兩者均屬普遍且必要的“社會現象”，形容法律的“ubi societas, ibi…verbum”同樣可以用來形容語言。任一社會建立的溝通語言及規範性法律，均來源於同一社會，是社會生活的產物，引用JEAN CARBONNIER[8] 的簡明思想，無論從來源還是從演變來看，法律和語言均屬於“習慣性現象”，均體現出相關的習慣。語言和法律的運用都是一種大眾行為，並被科學地塑造成型。習慣造就了語言，同時，若認可語言擔負的義務，那麼語言亦是法律的源頭，因此，在某種意義上，兩者均是“義務之子”，情同手足。

此外，毫無疑問的是，法律和語言均屬“規範性現象”。法律是一個規範體系，而語言，就其語法規則而言，亦然。儘管兩者均希望尊重彼此的規則，仍可能存在兩者相對、互相否認和違背的情況。

法律和語言在本質上是演變的兩大體系：語言擁有生命，法律亦然；兩者均不會固定不變，均有可傳播和轉變的內容。“傳統”和“更新”是在語言和法律中彼此相關聯的共同點。語言和法律的財富不是被保存在博物館中，而是在生活之處、會議之中和行走之路彰顯出它們的生命力。

語言和法律在發展中，這種發展勢頭來源於習慣，也是一種自發行為：mutatis mutandis（作出必要的適當改變）。對語言而言，表現在“引進新詞”方面，而對法律而言，則是在“立法創新”方面，兩方面都是必要的，甚至可以同時進行。

法律和語言彼此依賴共同發展，訂立的法律需要使用相應的語言來表達，同樣，語言有時候也需要通過法律來得到確立。

反思這兩種作出規範的文化因素[9] ，有人著重指出“語言天賦”和“法律精神”可同時存在，他們是天才兄弟，有著同樣的根源和命運。語言和法律，無論它們來源於何處以及在何處發展，始終變化著，且兩者始終是一樣的，就像匯聚水流的兩條大河，這些水流，平凡又或出眾，都受事態發展的推動、阻撓或加速[10] 。

在現實中，在此方面的一大問題是語言和法律之間所謂的緊密聯繫會引致怎樣的後果以及這種聯繫達到何種程度。

---

8 在其有關《民法》的著作（主要集中在家庭法）中可找到該思想。內容如下：“Mais entendons-nous bien sur le non-droit, ce n’est pas le néant, pas même le chaos. L’hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, est peut-être même déjà occupé d’avance, par d’autres systèmes de régulation sociale, la religion, la morale, les mœurs, l’amitié, l’habitude. Mais ce n’est plus du droit”（Essais sur les Lois, Defrénois, 1995, p. 320）。CARBONNIER 還推動了法律社會學的發展，對於成文法的理解，法律社會學起到補充性的輔助作用：«A un moment, le sociologue doit prendre la place du juriste pour épuiser la réalité juridique»。

9 儘管在一些人看來，“語言不單單在表達一種文化，還是使用者之間的主要溝通工具”—— CLAUDE PARDONS，法學家，研究作品《普通法的法語詞條》，布魯塞爾，Bruylant出版社，1995，p. 281。

10 同上。

在筆者看來，上述問題可以體現在兩個極端之間。認為語言和法律的關聯是經久不衰的觀點或許是不現實的，兩者脫鉤是語言和法律中同時存在的事實（筆者認為這是不容置疑的），歷史中不乏相關的例證。

多年以來，如果關注在聯邦制國家或有關的國際公約中出現的情況，則可以提出重要的問題。適用於聯邦國家構成單位的聯邦法律，或是適用於締約國的國際公約，以不同的語言作出：一種法律，多種語言。

如果我們追溯過去，是否可以認為所有語言版本的《聖經》並未表達出同一種信息？聖經的語言，不是希伯來語、希臘語、斯巴達語，也非伊斯蘭語，可以繼巴別塔之後，象征語言傳播的對立面。

現今，應當比從前更加相對看對國家法律和國家語言，這是因為兩者都不能體現出完全的純粹性。來源於大陸法的民法是習慣法和成文法緩慢結合的產物，該過程我們可以成為“雙重法結合”，這一點難道不是肯定的嗎？

但是，既然語言和法律相距如此遙遠，那麼他們的“親屬關係”，我們又該作出何種解讀？

帶著這一問題，我們在下文來闡述上文提到的兩大極端。

1.2.筆者大膽斷言，在一個民族的語言和法律之間，maxime（尤其是）在本地語言和法律之間，存在一種需要遵循的關係的優先順序。

在早期歷史中，長達多世紀的幾乎未被察覺的發展演變，導致了語言和法律在上述關係中的互相滲透 。在緩慢發展的每一時刻，語言和法律似乎均勻融合，固為一體。然而，這樣的認識又在一定程度代表著對兩種或更多種官方語言的平等原則（在特定的國家區域施行）的無知或不尊重，這是因為在相關事實和思想的背景下，語言和法律的關係必然處於優勢地位。

在一種語言和一種sui generis （獨特的）法律之間，似乎確實存在一種自然的和諧，然而，將法律從其原始語言轉移到另一種語言，需要作出相當多的工作。在這樣的情況下，兩者之間的和諧關係就不再是自然存在的，而需要通過建立獲得——這也是在語言學和法律兩大方面同時進行的一項“壯舉”。藉助語言翻譯而生成的法律，是相當艱巨且風險頗多的工作所獲得的成果。

1.3.因而，很多人對法律翻譯持有質疑的態度。在下文，將具體分析這一法律和語言學的問題，但不會從極端的角度作出探討，而是帶有一定的靈活性。

在法律的翻譯問題方面，應當考慮到一些因素以便從相對的角度看待這一問題：相關文本的功能（立法、司法見解或法理學說）；涉及到的特殊領域（刑法、民法、金融法等）；信息傳達出的概念性內容（確立核心概念）；以及相關的文本（在復合文本中，一部分的表達“腔調”可能會異於另一部分）。

即便如此，在法律翻譯這一重要的範疇內，存在很多共通的複雜問題。

III.語言和用語, 法律的專用術語[11]

2.作為在溝通交流中普遍採用的方式，“語言”透過以某種特定方式選擇、組織並連接的詞語表達人類思想，亦即，無論是口頭表達，還是各種類型的文本，均使用一種“語言”。

2. 1. 事實上，“用語”產生於“語言”和“話語”的結合使用——詞語、表達以及說話或書寫方式的使用[12]，根據相關的內容，可以分為“常用語”或“專用語”以及“共同語”或“技術用語”。

作為思想和觀點的特殊表達方式，“用語”被廣義劃分，根據相關規則，使用特定的語言或習慣用語。根據F. GÉNY提出的觀點：“實際上，用語是概念的必要擴展”[13]。

語言和法律之間原本就存在緊密的聯繫，因而不作區分地使用兩詞的情況並不少見。“一般語言”和“專用語言”是日常生活的一部分——物理學家、建築師、生物學家、醫生或法學家，他們使用適合自己的語言，甚至使用帶有現行語的專業詞彙表，其中的詞彙有時被賦予特定含義，完全或部分脫離一般含義。

蒙特利爾大學的JEAN-CLAUDE GÉMAR教授 ，在1993年於法國普通法國際中心組織的研討會上作出的發言中談到法律語言和法律用語。他得出結論：“(……)正如所有的專用語一樣，法律的專用語包含詞彙、句法、鮮明的風格以及語義學。”緊接著提出疑問：“該些基本元素以何種方式構建了‘法律語言’（詞彙、詞庫、專用術語、專業詞條）和相應的‘話語’（表達法律的方式）以及‘法律用語’，亦即，傳達的信息、語言形式及其特殊任務——如何以最簡單直至最複雜的所有形式，將法律文本通過口頭或書面作出？”[14]。

在GÉMAR 教授的大篇幅研究中，引發興趣並值得一提的是他提出的專業術語和作出的分析，這些或許會引起爭議，其標題是“作為專業語言的法律用語”、“法律專用語的特殊性”、“法律表達中的詞彙”、“法律文本的句法”、“法律文本的文體”以及“法律文本的語義”，[15]作者進一步指出，僅法律語言學家能夠作出確切評論。

除了提出“語言”和“用語”之間的一致性問題，GÉMAR教授亦著重指出“法律語言”這一表達包含多層含義，他在研究中作出的某些反思可能不會受到很多爭議，在這裡筆者也有興趣摘錄了一部分內容：

---

11 有關法律語言特殊性的進一步研究，可參見CASTANHEIRA NEVES的解析文章，刊登在《立法和司法見解雜誌》（Revista de Legislação e de Jurisprudência）上，標題為“現時法律翻譯的方法論問題”（O actual problema metodológico da interpretação jurídica），尤其是刊登在第3865、 3866 及3867期上的文章，出版時間分別為1996年8月、9月及10月，其中作者強調指出“語言和世界的彼此關聯性” (p. 169)，“同生存世界一樣，在生活世界中同樣透過語言產生關聯”，然而“生活世界並非僅僅是一個簡單的物質世界，同時也是一個附有價值的世界” (p. 167)。

12 語言學家PATRICK CHARAUDEAU作出定義：“‘用語’指代‘語言’和‘話語’，兩者缺一不可，順序也並非一先一后，而是同時存在，有所區別但融為一體”。——蒙特爾大學語言學系文本語言學研究小組所作報告，於1992年在該大學以法語出版，在這裡直譯其意。

13 Science et Technique en Droit Privé Positif，第三卷，法國，1921， p. 448。

14 CASTANHEIRA NEVES在其研究中分析法律翻譯的多種模式，就法律的專業性或技術性詞彙以及含義而言，CASTANHEIRA NEVES認為法律“不僅僅是一種用語，更是一種‘特殊’用語或是一種‘半人工’用語，但在語義方面始終可以參考普通用語（……）”。《立法及司法見解雜誌》（Revista de Legislação e de Jurisprudência），第 3883期， p. 301。

15 原文直譯。

i. “數以萬計的專業語言——技術語言或科學語言，有著共同的語言財富，而法律語言被視為最為複雜的語言之一”。

筆者認為這種觀點是合理的！

ii. “在語言專家看來，專業語言的技術性即技術術語的獨一性（……），但法律科學並非是通則式的，這是因為它們不具備普遍性[16]，這與其他諸如人口統計學、語言學、經濟學或社會學的科學截然相反（……）。法律科學單獨建立起自己的領域，驅引這個領域的發展是問題和規則，而非事實或因果解釋。從定義上看，規則是不穩定且易變的。法律詞彙就是處於變化的狀態。和大部分專業語言一樣，法律語言亦是一詞多義。因此，法律及其莊重且神秘的用語更顯深不可測”。

筆者相信法律用語具有特殊的規範特點，但並沒有如此神秘！

iii. “任一種包括法律在內的專業用語，均充斥著術語，這明顯是共通的，而其技術含義是十分明確的”。

這樣一種樂觀主義或許稍顯誇大！

iv. “在立法形式下的法律表達方式是交流的一部分，與其他書面表達的類型不同，它是完整（或封閉）且明晰的”[17]。

對此觀點筆者持讚同態度！

然而GÉMAR在“法律語言的多種類型”以及相應的“風格”方面所堅持的觀點也可能會受到爭議；他對上述類型進行級別劃分，將它們分別列入“主要”（法律和法規、司法見解、法理學說以及個人法律行為方面）及“次要”（其他方面）行列。

2. 2.在專業術語方面，當GÉMAR 具體提到“法律語言”之時，似乎是想囊括法律術語群以及法律特殊用語。這是因為在他承認存在“法律語言的多種類型”之時，亦希望在法律淵源（直接或間接）層面指出每一種法律淵源均有其自身用語，其中的原因不僅僅與該法律淵源規範的社會有關，同時亦與其自身性質、甚至與所規範的法律事宜有關。

對GÉMAR 思想的解讀似乎沒有違背他在 “法律文本的句法”方面的集中研究中提出的思想，其中可能包括“法律文本遵循本身的句法”的觀點。但恰恰相反的是，他明確表明：“法律闡述同樣需藉助其他形式的闡述（一般或特殊）所需的語法規則。僅適用於法律的句法是不存在的。但法律文本，尤其是規範性法律文本，可呈現出一些句法上的特點或標誌，任一讀者或聽眾均可十分容易辨識出該些特征（……），”[18]。

法律，或者是一般性的規範文本的訂立是否需要遵循本身的規則，而通過該些規則可形成十分特殊的文本風格，對此，毫無疑問需作出衡量。

16 這一特性曾被著名的西班牙比較研究者FELIPE DE SOLÀ CAÑIZARES在上世紀50年代提出：“法律具有地方性，和這個時代的人類文化所需的普世性不兼容”。因此他認為“比較法律是通向法律科學更好未來的一條道路，比較法律應當將今日的小型法律文化轉變為明日的重要文化”。源自Iniciación al Derecho Comparado, René David作序，Barcelona， 1954，p. 142。

17 筆者對原文的翻譯。

18 上述法語原文的翻譯。

事實上，從法律規定的建立直到其闡釋和適用，在整個法律界中應存在相關的規則，在複雜的法律活動中，我們應遵守該些真正意義上的要求。

2. 3.在這種情況下，法律框架中出現了許多障礙，人們意識到其中漸增的不足和弱勢，因而從上世紀70年代中期開始，在一些歐洲國家開始對立法程序作出系統且全面的反思，從法規的訂立到其實際適用，以此確保制定更完善的法律以及更為有效的法律實施[19]。

然而在同一世紀中葉，葡萄牙法學家及學者FERNANDO EMÍDIO DA SILVA 意識到愈加複雜的當代社會，以及作為規範社會生活的工具的法律的地位不可避免地將受到轉變。在教學過程中，FERNANDO EMÍDIO DA SILVA 強調了在法律制定方面需遵守的一系列價值，他說道："法律遵守建築的規則：威嚴、表現、規則以及和諧缺一不可"。

儘管對上一句闡述的價值有所爭議，但確實示立法活動中極其重要的內容："威嚴"，是需要尊重的莊重；"表現"，在實質上嚴格代表概念、原則和制度；"法規"，是規則的完好架構和體系；"和諧"，是法制中不可缺少的連貫和統一。

2. 4.通過相似的援引和評論，筆者希望在現時的法律科學領域內作出反思，尤其在法學家不再行使其職能的方面，即法律的詮釋及適用，這是因為法律在現代國家中起到重要的作用，而在過去，特別關注的是法律的訂立[20]；轉而研究一門科學，尤其是研究訂立規定的動態過程並且評定其操作性。

特別是在上世紀的最後十年，國際法律界將歐洲作為溫床，無論是在科學層面（研究、研討會及座談會）還是在機構層面（研究中心及專家協會的建立[21]）均取得了顯著的成就，一直提倡將"立法科學"作為一門學科單獨建立，這在數年之前得以實現[22]。

"法律訂立"作為一項專業的活動，特別注重書面法律的形式及特點，並且越來越關注新出現的不同法律文本共用的標準和書寫方式[23]， 對"法律訂立"的研究很好地呈現出法律和語言的緊密聯繫，法律通過語言得以建立和確立，這一過程遵循相應的語法規則，除了適用相關語言的詞彙，亦有其自身的專用術語及句式，從而確立概念、劃定和規範制度以及作出命令[24]。

總而言之，可以認為"法律的專門用語"通過一種語言得到發展，因而須遵循該種語言的規則和發

19 在於此方面作出最多研究和深入探析的學者中，需要著重指出上文已提到的LUZIUS MADER教授，他在日內瓦大學提交的博士論文，主題是"The Evaluation of Legislation: Contribution to the Development of the Science of Legislation"。
作為學者和伯爾尼聯邦司法部的副部長，LUZIUS MADER發表過許多有關立法的文章，作出全面分析，從立法行為的種類到法律的執行，提出將立法合理化和簡化的示例。
其最新的作品之一（和里斯本新大學MARTA TAVARES DE ALMEIDA合著）由Nomos 出版社於2011年初出版，書名為"Quality of Legislation – Principles and Instruments"， 該部作品極大地提升了在立法科學領域作出研究及教學的興趣。

20 有關 "現代法律"的特點，見CASTANHEIRA NEVES在科英布拉大學法學院講座上作出之反思，題目為"在立法者、社會和法官之間或在制度、功能和問題之間——現時審判機關執行法律的選擇性模式" ，刊登於Revista de Legislação e de Jurisprudência（《立法和司法見解雜誌》），n.º 3883, 1998, pp. 290 及其續后。

21 國際立法協會就是一典例，從2006年開始由在上文提到的LUZIUS MADER教授擔任主席。

22 參見Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação（《立法——立法科學簡冊》），國家行政學院，第一期，里斯本，1991年4月/6月。

23 比如在英國，訂立的法案主要集中於"政府法案"，由國會律師辦公室作出。

24 JACQUES PICOTTE在其著作Juridictionnaire (1991)第一卷引言中著重指出："法律用語，正如所有專業用語一樣，反映出持續發展的社會"。

展[25]，正如在其他科學領域一樣，該些限制促成了對上述規則的一種獨特運用。

IV.從法律訂立到語言轉換

3.在本文一開始全面介紹了語言和法律，現在從更為狹義的層面提出“法律”，在此之前已經在反思的基本內容中提到：法律是規則的集合體，亦即在一特定社會中規範生活的一系列規則，並在具有約束力的文本中訂立了該些規則[26]。

3. 1.在此意義上，有人提出“法律和語言的根本關係是一種模棱兩可的關係，應當在法律生活的兩種不同‘階段’考慮這種關係，即法律的出現階段和生效階段”[27]。

該種觀點可能會引起爭議，但至少得以突顯出本文旨在詳細解析的問題的根本重要性——“訂立法律”的“階段”或“時期”[28]，在制定法規方面，從“思想主導”轉為“表述內容”，這是因為藉助一種語言來訂立法律，而該種語言本身就具備一定程度的特殊規範性，將規定從“虛幻世界”轉移到“現實世界”，賦予其生命，這種語言始終先於概念理論或法律理念出現。

倘若法律生活的初步且複雜的“階段”，包括“法律訂立”階段，體現出所有規則和障礙[29]，則會在僅使用一種官方語言的社會中引致眾多至關重要的問題，比如出於各種原因，同一法律須以兩種或更多種語言作出。問題層出不窮，且呈現出新的色調，同時，問題的複雜性增加，引起更多的關注。

可以認為，若某些法律制度的單一語言體系未能直接且全面地說明語言和法律之間廣為眾議的關係，那麼在我們現今所知曉的多語言體系中，即便該些體系形成於同一國家結構中（比如比利時、加拿大或瑞士），又或是超國家結構（比如歐盟及其他國際組織），法學家需要在長時間內深入分析，在法律的訂立和演變過程中，法律的源語言對相關法律的影響程度。

3.　2.現在我們就可以提出一個十分重要的問題，也是本文的最後一個研究目標：在特定的領域內行使或將要行使的法律，將其從原始語言翻譯成另一種語言，在這樣一種複雜的過程中，針對出現的風險和困難所採取並不斷完善的方法和技術，我們對此將作出批判性分析。

在本文之前，已經稍微提及過某些不太樂觀的觀點，一些人對法律翻譯的成果以及可信性持有懷疑的態度。

在這樣一種極端的態度下，有人認為“翻譯”法律近乎于“背叛”法律[30]，而出現該種態度的原因不僅僅在於語言學本身[31]，亦在於另一種觀點的存在，即在將一種語言翻譯為另一種語言的過程中，幾乎不可能確保法律信息本身的特性、性質以及效力。

25　GÉRARD CORNU在其 Vocabulaire Juridique（第二版，巴黎 ， 1990）序言中將法律詞彙與相應表述語言之間的關係定為“促進性協調”。.

26　這並不意味著其他法律淵源沒有相似的問題，本文對此方面也會有所涉及。

27　JACQUES VANDERLINDEN，法文一般法國際中心之國際研討會科學顧問，布魯塞爾， 1995。

28　原作者將“時刻”放入雙引號中，必定是為了避免體現出“短暫”之意。

29　有關該些障礙， GÉRARD CORNU在上文提到的相關文章中指出：“即便是在根本上整齊劃一的制度中，立法的技術也是深不可測的”。

30　在此方面參見上文已提到過的 J. VANDERLINDEN作品。

31　儘管語言學家將語言和文化的特殊性與法律翻譯的可能性對立看待。

在同一規則的不同語言中還原法律的真實面貌，嚴格來講，已經不是簡單的翻譯，而是在制定法律，這是因為達到“語言對等”的效果（ipso facto依據事實）不一定等同於“法律對等”；在很多情況中，僅藉助該兩種價值的協調才得以達到“法律對等”，兩種價值不一定是一致的，但均須獲得尊重[32]。

在此方面， LOUIS-PHILIPPE PIGEON[33] 著重指出“一方面，‘對等’應避免破壞語言，違背語言的特性和結構而盲目地模仿；另一方面，需要忠實于原文信息，不完美是該種性質的‘對等’所固有的特點”。

PIGEON稱作的“功能對等”，儘管相當難以達到，但在法律翻譯中需要達到該種程度的對等，這難道不可稱之為神話嗎？是法律界獨有的奇跡嗎？

有很多相關的例子，比如重要的國際法律文書，可以用來證明相反的一面。

我們來看。

無論待翻譯的文章屬何種性質，“功能對等原則”體現於其目的中：無論以何種形式，將信息從一篇文章轉移到另一篇文章中，以便使接收者明白其中的內容。 從根本上講，不是為了讓他人明白相關信息而翻譯，而是使得相關信息最終得到理解。

儘管各種語言所呈現出的（翻譯）困難各異，尤其是在差別極大的語言和文化之間，但語言學方面的障礙（詞彙、句法、文體）基本是一致的[34]。

從該些原則（一般適用於法律翻譯）出發，需要指出在法律特殊領域中存在的特殊性，在該些方面，對於一些人而言，“困難是雙倍的”[35]。法律翻譯具有其特殊性（這是哲學家和比較學家一心投入想說明的問題），[36]因此，在翻譯中通常遵循的規則和原則，在法律翻譯中至少部分是不可行的。

對於哲學家和比較學家這兩大群體而言，基於法律法規的特殊身份，為證明法律的獨一性進一步作出的探討主要集中在各法制之間缺少的概念和理念的一致性、體現出各有差異甚至相差甚遠的社會傳統的語言和文化的獨特性、法律翻譯功能對等及其它效果。

事實上，法律翻譯在根本上是從一種制度到另一制度，但該種轉移不僅僅局限於“文字”，同時也體現在“精神”層面，從而在翻譯中就會出現風險和變化。

然而，可以認為法規的翻譯又回到概念的轉移，是在兩種制度之間尋求一致性，又或是在整體的大背景下確立對等的概念，而非具體情況具體分析。翻譯在根本上引出了國際法學家提出的定性理論，該理論廣為人知，至少相關問題引起頗多關注。

3. 問題來了：在這一新世紀，有可能對法律概念作出國際性的有效定性以解決國家概念之間產生的衝突嗎？

緩慢而繁瑣的翻譯工作不正是在該條路上邁出的第一步嗎？

---

32 在曾經某個時代，既不存在可以勝任工作的譯者也沒有法律語言學家，拉丁語作為法律科學語言在歐洲適用，無人敢於在拉丁語和歐洲各國語言之間提出一個無懈可擊的辯證法。然而，誰可以確保無論法律在何種背景下適用，拉丁語可以始終表達與原文相同的理念、傳達同樣的信息呢？

33 法律顧問，出生於魁北克，拉瓦爾大學法律教授，曾擔任加拿大最高法院法官，於1986年去世。

34 正如在葡語（或其他任一種歐洲語言）和中文、日語或阿拉伯語之間，不同的書寫方式又增加了一大難度。

35 同上，É J-C. GÉMAR 著作， p. 148。

36 例如， H. KELSEN在提到德語和法語的時候對相關的問題總結道：“ La Langue juridique française et la Langue juridique allemande, et les notions juridiques qu’ elles servent à formuler, sont loin de toujours concorder; il s’ ensuit qu’ une traduction fidèle en esprit d’ une Langue dans l’ autre est extrêmement difficile”。Théorie Pure du Droit，巴黎，Dalloz，1962。

同樣的反思和行動不可避免地為譯者帶來無法計量且十分特殊的問題，在解決該些問題的時候也將面對進退兩難的困境。

因此，正如上文強調的一樣，只要保留了根本性的內容，需要允許存在一定的變通和小範圍的不明確之處，這是合情合理的做法。

法律翻譯（主要是法規翻譯）要求譯者通過自己的解讀，準確捕捉規定的含義；該種解讀，並非表面或外部層面的解讀，而是一種從整體作出且體現出固有困難的詮釋性解讀。

譯者除了需要同時用到邏輯及嚴謹的語言學，亦需作出解讀；正如CLAUDE PARDONS 提出的建議性觀點：譯者應懂得 “如何將 ‘法律雖苛刻，仍是法律’ 的格言與 ‘語言雖苛刻，仍是語言’ 的格言完好地結合起來”[37]。

從歐洲和跨大西洋範圍來看，不足為奇的是法律語言學家的不可或缺性成為熱議話題[38]， 同時制定一有關法律翻譯的法律的必要性亦引起關注，一項準確定位譯者的法制亟待訂立[39]。

4.遵循以原始版本為基礎的傳統翻譯方法，圍繞法律翻譯進一步作出探討，在兩種或更多種官方語言共存的聯邦州地區[40]，僅施行唯一一種法制[41] [42]，對法律翻譯的探討不可避免地經歷著多重變化。

4. 1. 該種形勢決定了將所有現行法律在每一種官方語言中作出，各語言版本享有同樣的法律效力，從而使得本文分析的某些問題尖銳化[43]。數十年來，尤其在多語言共存、以法語為主的國家，一直在尋求法律翻譯的替代方法，即便並非十分正統的方法，但可以引致更少的風險。

在此方面已取得一些成功。

37 Ob. cit., p. 284.

38 在此方面的專項培訓值得引起所有學術機構的關注，甚至可以開設有關的研究生和碩士課程，澳門特區政府長期以來與歐盟合作，對此方面作出評估。一旦實現相應目標，將不僅僅是一次具有重大意義的“演變”，亦會在此領域掀起的一場真正的“革命”。

39 有關由該問題引致的研究，參見CERTOMÀ所寫文章“Problems of Juridical Translation in Legal Science”，刊登於Law and Australian Legal Thinking in the 1980’s, Sydney, University of Sydney, 1986。

40 或者是“相對等的區域”，比如中華人民共和國澳門特區，享有中華人民共和國授予的“高度自治權”，《基本法》作出相應規定。

41 有關澳門官方雙語的法律框架及相應範疇，參見NUNO CALADO所寫文章，刊登於雜誌Perspectivas do Direito（《法律視角》），第三卷，第三期，1997年12月，pp. 45 – 55。

42 就“語言轉換”（transposição linguística）作出一簡要註解。
根據多部字典的釋義，“transpor”這一動詞具有多種含義，其中有一種值得特別關注，即“通過向另一範疇的轉移，實現形式或內容的轉變”。
“形式轉變”通常會出現在“法律翻譯”中，尤其在立法領域。在此方面，將法律文本從源語言轉變為另一語言版本，使得知曉該語言的群體得以了解到相關的法律，但兩種版本未能具有等同的法律效力。
因而，“語言轉換”這一表達方式或許更明晰地體現出一系列複雜且附有責任、並非單純語言學的行為，需要完成該些行為以便作出可信的法律翻譯。

43 比如，在多種語言版本中，在法令含義和所涉及的範圍方面，可能會出現不一致的情況。

4. 2. PAUL-ANDRÉ CRÉPEAU[44]指出：“‘訂立-翻譯’的傳統方法，不可避免地會面臨障礙，其中最大的困難體現於不同版本所闡述的事實的不一致性，雖然被翻譯的法律是一致的”，繼而得出結論：“法律訂立者在法律文本方面佔有優於譯者的位置，而原文較譯文而言亦更勝一籌”。

CRÉPEAU 還指出，可能會產生一種情況，即“訂立和翻譯的時間間隔在很多情況下會妨礙譯者了解法規訂立的背景，從而嚴重影響翻譯的內容”，這是在特別棘手的領域中，如根本權利方面，十分需要預防的典型情況[45]。

儘管從相對的角度作出思考，承認相關的解決方法取決於多種因素，視乎適用的法律和自身特殊情況，因國而異，因地區而異，CRÉPEAU仍提出其他可適用並且已得到一定採用的方法，從而在不背離原文內容的前提下獲得相應的多語言版本。

由此，“以漸進的方式尋求多種解決方法，從‘傳統的翻譯’到‘同時共同訂立’，這當中還經歷了‘順接共同訂立’和‘雙語訂立’”[46]。

4. 3. 1.對上述每一種方法的特點作出簡述將有助於更好地理解CRÉPEAU 提出的思想。CRÉPEAU一生致力於此方面的研究，本文分析的問題正是該研究的重點[47]。

CRÉPEAU認為瑞士聯邦總理府在制定尤為重要的法規之時所採用的方式為“共同訂立”，即指“由語言學家和法學家組成的法律起草委員會對同時進行的法律起草和翻譯工作作出校審”。CRÉPEAU亦列明各階段（這是一項傳統制度）：總統府各部門通過一種語言起草法律，並由法律起草部門的五名成員進行翻譯，在這五名成員當中，兩名為非法律學家的語言學家，兩名法律學家以及一名聯邦工作人員。每一名法律學家起草一法案，之後交由委員會以對該法案展開討論。

4.3.2. “雙語訂立”是在起草伯爾尼憲法之時所採用的方法，由校審委員會進行，該委員會成立了雙語秘書處，由兩名法律專家及兩名譯員組成。各階段如下：首先，基於起草內容進行討論，但並非同時進行，而是交替進行；之後，交換不同語言版本的法律草案，並向委員會遞交；最後，以德語版本作為正式版本，再由參與工作的法語法律專家擬定相應的法語版本，而在該些法律專家參與的工作中，法律的共同起草者並未作出相關的討論。

4. 3. 3. “同時擬定”意味著工作組成員同時起草法律，而相關的操作模式因國而異。

A.因而，在實行聯邦制的瑞士，由分別掌握德語和法語的兩名法律學家同時擬定聯邦法律[48]，在議會委員會對擬定內容作出校審之後，向大議會遞交草案。兩名法律學家作為法案的共同擬定者，可一同制定方案、就有關問題作出決定、分別以德文和法文擬定法律並就擬定內容交換意見以便達成共識。因而，

44 享譽國際的法律顧問，1955年於巴黎修得博士學位，曾擔任蒙特利爾麥吉爾大學比較法和國際商法教授，於2011年7月去世。

45 專題著作A Transposição Linguística（《語言轉換》）， 布魯塞爾，Bruylant出版社，1995，pp. 54-56。

46 Ibidem, p. 55。

47 CRÉPEAU在擔任魁北克私法及比較法研究中心主任時作出的研究。

48 僅對德文和法文版的法規進行“共同擬定”，而同是官方語言的意大利文版則通過傳統方法作出。

同時產生了兩種語言版本的法案[49]。

B.在魁北克相關歷史上的首個階段，“法律文本由法語委員會以法語作出，之後轉交英語委員會，由該委員會準備相應的英語版本。私法及比較法研究中心於1991年在其法英雙語版本的私法字典項目中，採用了“同時擬定法律”的方式，以便作出第三種語言版本（……）。因此，決定嘗試合併兩大委員會，以便同時以兩種語言對相關術語及詞彙作出校審。由此，擬定法律的工作轉而由唯一一個委員會進行，該委員會成員根據自身母語或相關內容以法語或英語展開工作。因為委員會在同一時間對兩種語言版本的根本內容和形式作出校審，以便確定最終的雙語版本（……），實踐證明了該種方式卓有成效”[50]。

C.在加拿大聯邦立法中[51]，從1978年開始，翻譯的方式轉變為共同擬定的方式。“嚴格來講，是法案的‘平行擬定’（同時擬定）[52]，由兩名法學家進行，其中一人以英語為母語，一般是一般法領域的法學家；另一人則以法語為母語，一般是民法領域的法學家。該種安排旨在根據部級指令，在聯邦層面以雙語擬定精確的原版法律。由此看來，加拿大意識到聯邦法律的特殊性質，即法律面向的是講不同語言的群體”[53]。

4. 3. 4.正如CRÉPEAU提出的著名觀點一樣，“同時擬定是在法律和實際方面遵循法律雙語一致性原則的唯一方法。一方面，法律界和語言學界的專家可參與法律擬定，尤其是在法案構思和起草的初步階段；另一方面，在語言學家之間營造了互相理解的氛圍，從而在法律擬定中根本內容和形式互相影響。這是確保法律信息內容和質量的最佳方式，同時也是地方和國際通往未來的安全之路。”[54]

4. 3. 5. 有必要對CRÉPEAU的觀點及其理據作出一些評論。筆者並非完全不同意其觀點，但他提出且認為合適的做法可能會在某些情況中不可避免地引致相應的困難。

在筆者看來，始終偏向於採用“共同擬定（法律）”方法者，是認為通過該方法得以克服在傳統方法中存在的不足之處。但問題是，對該方法的採用無需付出任何代價嗎？

無人會質疑法律翻譯所存在的困難和固有的風險，其中一些困難和風險的程度相當高，並不易於去除，但筆者認為並非是完全難以克服的。

與一特定法制相符的法律文本，在制定與其相應的另一語言版本時，只要完全遵循原文希望傳達的信息，就不會受到任何阻礙。這在上文已經說明。

在歐洲歷史中，具有信服力的一例是瑞士的《民法典》，儘管該法典深受德國《民法典》的影響，同時羅馬語族和日耳曼語族之間亦存在著明顯的思想差異，但以法文訂立瑞士《民法典》，並未有人就此對該版本是否忠實于法規的固有信息而提出質疑。

---

49 有關瑞士通過雙語擬定法律的情況，可以再次參考伯爾尼大學的LUZIUS MADER教授在由澳門司法及法律培訓中心以及當時的法律改革及國際法事務局於2011年11月14至17日舉辦的“雙語及多語法律制度的立法經驗及法律管理”工作坊中的發言。

50 Cfr., supra, nota 42。

51 在此方面還有另一名加拿大專家ROBERT BERGERON，作為律師和司法部立法處合作人，他指出：“在‘共同擬定法律’方面，加拿大不僅僅是先鋒，也是榜樣，更在集中立法方面自成一派”。引自其於第十屆法文一般法國際中心之國際研討會中作出的發言。

52 據說“平行”一詞目前在加拿大受到批判，甚至拒絕使用該詞以說明通過相關方法獲得不同版本，這是因為該詞可以被理解為兩種版本永不會達到所期望的一致效果，正如在幾何學中平行線永遠不會相交一樣。

53 Loc. cit., pp. 54-60。

54 Ob. cit., p. 61（筆者對法文原文的翻譯）。

然而，正如前文所述，如果涉及到相差甚遠的文化中的語言，偶有極端對立的情況，除了該些文化對應的法律屬於不同的法系，相關語言的翻譯難度也大大增加。

需要指出的是上文已經提到的在法律翻譯中需注意的內容，書面形式的法律在根本上旨在表達相關概念，在成為文本之前屬信息，為使得相應的譯文具有信服力，應當忠實于該則信息[55]。

在較為複雜的情況中，我們同CRÉPEAU及其支持者一樣認為“共同擬定法律”的最新方法可以安全確保克服某些困難 。

然而，一些現實因素可導致上述方法不可行，其中一大因素便是人力資源的缺少，這在很多情況中別無對策。在必須將文本譯為多種語言的情況中，比如雙邊協議或條約的翻譯，實際上不可能有效地將多方面的內容結合[56]。

回到傳統方法，考慮到最為複雜的情況，最重要的是譯者完全掌握相關語言並熟知相應的法制。

在進行了上文的論述之後，直觀感覺是僅雙語法律學家（或視乎不同情況，可為多語法律學家）才可確保翻譯在形式和內容上均可信；僅受過專項培訓者才能應對一系列旨在達到最佳結果、複雜且冒險的程序。

然而，在很多情況中，對多語譯者的一般法律培訓還有所欠缺。因此，僅通過全面的培訓，讓譯員了解不同法制，熟知各種法律概念、法律術語和不同的風格，才能使其具備扎實的基礎以充分完成複雜的翻譯工作。

出於同樣的理由，一些法國大學通過歐洲的Erasmus項目以及教授與法國交流經驗的國家的法律術語來培訓譯員。

可以證明對從事翻譯的法學家的比較法教育是非常有益的，甚至是不可或缺的，這是因為比較法對法律翻譯而言至關重要。

無論如何，正如其他領域一樣，在法律翻譯中，無可挑剔或有所欠缺、稱心如意或差強人意的情況並存。去粗取精、從整體促進法律界發展的任務就落在專家的肩上了。

5.最後，需要著重指出筆者認為在對法律法規翻譯成果的衡量中具有至關重要作用的一點：被翻譯的法律條文在現實生活中的適用情況。

以一種法律適用於兩種或更多種“客戶群”的情況為例，該種法律需以相應的所有官方語言作出[57]。

暫且先將或真或假的問題擱置一邊，轉向在某一特定區域適用的多種官方語言的平等性原則，法律對此作出相關規定，基於此原則，法律法規的兩種或多種語言版本具有同樣的可信度和法律效力，但亦應考慮到被翻譯的法律法規的實際施行帶來的不可避免的風險。

---

55 有關澳門的特殊情況，可參見NUNO CALADO 明確提出的觀點 (loc. cit., pp. 53-54)，“（……）為了雙語體系能夠在澳門法制中有效施行，須確保立法程序以雙語進行，任何法規的訂立、宣告、核准及公佈均以雙語作出；採用雙語立法程序，尤其是以官方雙語訂立所有法案和提案，並向有權限的咨詢機構或決議機構提交，最後以雙語公佈相關的法規，這些均是必經的步驟，從而使得完善的雙語制在立法活動中真正起效”。

56 對於堅持認為現代方式有益于獲得同一法律的兩種或多種語言版本者而言，“（……）實際上，可能會很難分辨同時訂立的不同語言版本和翻譯版本。” 參見 ROBERT BERGERON, ob. cit., p. 45。

57 始終要考慮到，“立法”除了是一種意願行為，同時亦是一種交流行為，通過附有含義的詞語得到表達，引出相關的理念或概念，描述了具體或抽象的現實，並規定了權利和義務。因此，在對法律法規進行語言轉換的時候，需要根據相關規定，確保相應內容的特性。

將來要做的便是在被翻譯的法律適用之時，預防出現上文提到的譯者在工作中所面臨的問題。

若在由不同語言群體組成的社會中，現行的法律被十分精確地翻譯成相應的語言，但相關的法律適用及實踐者，尤其是在多個法律職業階段內，未能具備所需的職業技能，那麼依然是毫無意義的。此外，法律適用及實踐者可能會歪解法律信息，有時會引致有害且不可逆轉的後果。

正如在所謂的被稱之為“通用語言”的音樂中，庸俗的演繹可能違背了原作品希望傳達的信息；在法律中，若譯者或相關的法律實施者曲解了法律的真實信息，那麼，即便是一部無可挑剔的法律，又或是忠實于原文的翻譯，也無益可言。

6.總而言之，我們生活的世界在社會、政治和法律方面呈現出巨大的差異，同時，儘管困難重重，又極度希望有效地實現全球化；法律則負擔起越來越多的責任，更難以在上述的法律雙語擬定模式中指出普遍適用的最佳模式。儘管某些模式在理論上十分受到追捧，但實際上僅僅使得其他模式更受到青睞，這是因為若適用其他模式，則可承受相似立法技術所引致的高昂代價。

現實情況，尤其是每一領域的現實情況，可以決定採用何種方法，或如何結合多種方法，最終建立混合模式，更有利於達到所期望的效果：嚴謹、可靠且可行的各語言版本的現行法律。

對於被很多人視為“舊方法”且在法律範疇中並未得到重視的“翻譯”，至少在其他最新方法因各種原因還未能取得成功的情況下，應被賦予法制的“安全港口”這一身份。

“翻譯”擔負著對法規文本作出形式轉換的雙重任務，一方面需保持相關信息的特性，另一方面，需作出相關調整以適應現代法律，“翻譯”在實質上充當了“選擇性過濾器”的角色，而不再是“變形鏡”。

如果專門培養專業的翻譯人才，上述的十分複雜的任務就具有一定的可行性。對優秀翻譯員的培訓涉及到多個知識領域，需由該些領域的多學科團隊對培訓項目作出適當的計劃和引領。

澳門特別行政區，2016年6月

司法見解部分

審查及確認澳門以外法院判決

評論澳門特別行政區終審法院 -民事訴訟程序上訴第 3/2015 號案 , 判決日期: 2015年5月6日。

João António Valente Torrão [1]

主題:

I. 裁判書中所提出及處理到的法律問題

II. 判斷裁判書中一些已獲確認的問題:

a) 其他司法體制之判決的確認制度。

b)審查法院的裁決或澳門以外的仲裁裁決的司法體度。

c) 具體案件:

- 待被審查的判決可構成實體問題上裁判已確定的案件?
- 如被聲請的一方為法人, 其可受益於《民事訴訟法典》第1202條第2款?

澳門特別行政區終審法院

第3/2015號案件

民事訴訟程序上訴

上訴人:甲

被上訴人:乙、丙及丁

主題:審查和確認外地判決·質疑·澳門居民特權·法人·法人行政管理機關的主要實際所在地·主張及舉證責任·《民事訴訟法典》第1202條第2款

裁判日期:2015年5月6日

法官:利馬(裁判書制作法官)、宋敏莉和岑浩輝

摘要:

1 葡萄牙最高行政法院主理法官（名譽）。

一、行政管理機關主要實際所在地位於澳門的法人享有《民事訴訟法典》第1202條第2款所賦予的特權。

二、在審查和確認外地判決之訴中，以《民事訴訟法典》第1202條第2款規定為依據就該訴訟提出質疑的被聲請人負有主張和證明其行政管理機關主要實際所在地位於澳門的責任。

合議庭裁判

一、概述及獲認定的事實

乙、丙及丁針對甲提出申請，請求審查和確認美國聯邦第九巡迴上訴法院2009年4月10日所作判決中確認內華達聯邦地區法院2007年8月16日判決的部分，在後一判決中法院裁定被申請人2002年1月15日之後的主張時效已過。

被申請人甲針對眾聲請人乙、丙及丁等提出了上述在內華達聯邦地區法院進行的訴訟，請求獲得補償性及懲罰性賠償。

待被審查的判決於2009年5月6日轉為確定。

透過2014年6月19日的合議庭裁判，中級法院裁定訴訟勝訴，審查和確認了美國高級法院的判決。

被申請人甲向本終審法院提起上訴，請求廢止被上訴的合議庭裁判，並提出了以下問題：

－待被審查的判決不構成實體問題已確定的裁判；

－外國判決不可被審查和確認，因為被申請人享有澳門居民的特權，其在美國的訴訟程序中敗訴，而按照澳門的衝突規範，應以澳門實體法解決有關問題，且根據澳門的時效規則，訴訟的結果會對其較為有利；

－不存在被申請人濫用權利的情況，因為它無論是在內華達法院的時候還是現在都主張適用澳門的時效規則；

－合議庭裁判因沒有說明濫用權利的理由而無效。

二、法律

1. 要解決的問題

要解決的就是被申請人，即現上訴人所提出的問題。

2. 翻譯

首先要解決的是上訴人並未在理由陳述結論中提及的翻譯問題。

不存在完美的翻譯。被申請人提交了與眾申請人不同的翻譯譯本，而眾申請人又對此提出異議。這樣一來，關於翻譯優劣的討論可以無限持續下去。

所提出的關於翻譯的問題沒有一個是重要的。

本法院認為待被審查判決的內容明確，而這才是重要的。

3. 判決的確定

被申請人未對判決的確定提出質疑，只是指出因未審理案件實體問題，有關判決不構成實體問題已確定的裁判。

然而，關於證明待被審查判決已轉為確定的問題，我們於2010年2月11日在第43/2009號案所作的合議庭裁判中發表了以下見解：

『為解決任何一個所提出的問題，我們必須審理另一個問題，就是要知道，在外地所作判決的審查和確認的訴訟中，事實事宜的舉證責任誰屬?然而，這一問題並沒有在雙方當事人的上訴陳述中提出來。

這一法律問題在本終審法院於2006年3月15日在第2/2006號案件所作的合議庭裁判中已經作出審理，該裁判所述如下：

「5. 外地或外國所作判決的承認制度

FERRER CORREIA[2]指出，承認外國所作判決是在受理申請國(非作出判決國)賦予該判決根據判決作出地(判決來源國或判決作出地國)法律所給予它的效力。該等效力是判決所認定的本身的效力－來自於司法行為性質的效力－已確定案件的權威性以及執行效力。

同樣明白的是，從比較法方面看，關於承認外國判決，存在下列幾種可能的解決的辦法[3]：

(一) 在一些法律制度中，其法律不承認外國裁判的效力，必須向非作出判決國法院重新提起訴訟。這是北歐國家的制度。

(二) 在其他國家，只有在對等原則下才予以承認，如在西班牙。

在英國，1933年後，設立了登記制度(registration)，根據由“by order in Council”承認的對等原則，允許把一外國判決等同於一個英國法院作出的判決。

(三) 在某些法律制度中，外國判決獲承認，無須經過任何形式，這被稱之為自動承認。例如在法國，當對某些司法非訟案件涉及人的能力和狀態的外國判決，即屬此制度。

(四) 在另一些法律制度中，則透過賦予執行力、檢查或審查來承認外地或外國所作的判決。

a) 這種檢查可以是實體性的，如存在對法律適用的檢查的情況或在某些情況下，可以對事實事宜進行再審；

b) 檢查也可以是純形式性的，如在澳門、葡萄牙(在此兩地，針對一般情況)、瑞士以及不久前意大利的情況。

6. 澳門承認外地所作判決的制度

2 FERRER CORREIA著：《Lições de Direito Internacional Privado》，I，科英布拉，Almedina出版，2000年，第454頁和《Lições de Direito Internacional Privado, Aditamentos》，科英布拉，綜合影印教程，1973年，第4頁。

3 此方面問題，我們跟隨ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS著：《Revisão e confirmação de sentenças estrangeiras no novo Código de Processo Civil de 1997 (alterações ao regime anterior)》，刊於《Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional》，科英布拉，Almedina出版，1998年，第310頁及續後各頁，以及刊於《Aspectos do Novo Processo Civil》，里斯本，Lex出版，1997年，第107頁及續後各頁。

就我們的制度而言，一般原則是審查純屬形式性的，因《民事訴訟法典》第1200條第1款各項所要求和列舉的確認外地所作判決的條件－相當於葡萄牙《法典》第1096條－“僅涉及裁判以及裁判為案件終審決定方面的規程”[4]。

但同時也存在實體審查方面、法律適用方面的特別情況：如有關裁判係針對澳門居民作出，且按照澳門之衝突規範，應以澳門實體法解決有關問題者，則其對承認外地判決的請求提出質疑之依據亦得為倘適用澳門之實體法，將會就有關訴訟產生一個對該澳門居民較有利之結果(澳門《民事訴訟法典》第1202條第2款)。

……

7. 《民事訴訟法典》第1200條所指要件的證明

那麼讓我們看《民事訴訟法典》第1200條的規定：

“第一千二百條

作出確認之必需要件

一、為使澳門以外地方之法院所作之裁判獲確認，必須符合下列要件：

a) 對載有有關裁判之文件之真確性及對裁判之理解並無疑問；

b) 按作出裁判地之法律，裁判已確定；

c) 作出該裁判之法院並非在法律欺詐之情況下具有管轄權，且裁判不涉及屬澳門法院專屬管轄權之事宜；

d) 不能以案件已由澳門法院審理為由提出訴訟已繫屬之抗辯或案件已有確定裁判之抗辯，但澳門以外地方之法院首先行使審判權者除外；

e) 根據原審法院地之法律，已依規定傳喚被告，且有關之訴訟程序中已遵守辯論原則及當事人平等原則；

f) 在有關裁判中並無包含一旦獲確認將會導致產生明顯與公共秩序不相容之結果之決定。

二、上款之規定可適用之部分，適用於仲裁裁決。”

如果僅僅是考慮《民事訴訟法典》的這項規定去解決本案正在審議的問題的話，也許上訴人所持的觀點有一定的理由，因為根據舉證責任的一般規則，誰主張權利，誰有責任去證明那些創設該權利的事實(《民法典》第335條第1款)。

但還必須考慮《民事訴訟法典》中的另一項規定，該項規定來自於1939年的《法典》，就是第1204條的規定：

“第一千二百零四條

法院依職權作出之行為

法院須依職權審查第一千二百條a)項及f)項所指之條件是否符合；如法院在檢查卷宗後又或按照行使其職能時所知悉之情況而證實欠缺該條b)項、c)項、d)項及e)項所要求之要件者，亦須依職權拒絕確

4 FERRER CORREIA著：《Lições…》，第466頁。

認。”

1961年的《法典》含有一相似的規定(第1101條),而1939年《法典》也是如此(第1105條),當中涉及實體審查方面則有一定區別,上面已經提到了,但對審議本案來說並不重要。

對確認外地法院所作的裁判,第1200條規定了六項必需要件,但第1204條對第1200條第1款a)和f)項(相應為:對載有有關裁判之文件之真確性及對裁判之理解並無疑問,以及在有關裁判中並無包含一旦獲確認將會導致產生明顯與公共秩序不相容之結果之決定)與第1200條的其他要件作了明顯的區分－前者規定由法院依職權審查－而第1200條的其他要件－其中兩項與本案有關,即法院透過對案件卷宗的審查或基於行使其職能時所獲悉之情況而證實欠缺某一要件時,應當依職權拒絕予以確認。

正因為這項區別,使得理論界開始認為申請人獲豁免去提交該四項要件的直接證據,而應推定該等要件已經具備。於是ALBERTO DOS REIS[5]在1939年《法典》生效期間認為如下:

“由於只有當法院透過對案件卷宗的審查或基於行使其職能所知悉之情況而被說服欠缺第1102條第2、3、4和5款中所要求的某項要件時,才應當依職權拒絕確認,那麼等於是當沒有出現所指的情況時,就推定該等要件已具備;對該規定作如是理解的話,那顯然豁免申請人提交該等要件的肯定和直接的證據。”

同樣,FERRER CORREIA[6]在1961年《法典》生效期間,作出了意思相同的表述:

“36. 第二－判決已轉為確定－載於第1096條b)項的、確認的第二項要件:‘如使判決獲確認,必須根據判決作出地法律的規定,該判決已轉為確定。’

因此,如使判決可以被確認,根據作出判決的法院所在地法律,它必須是一個終局判決,已經不得對該判決提起普通上訴。

但是否需要由利害關係方提交該判決已轉為確定的證據呢?

只有當法院透過對案件卷宗的審查或基於行使職能所獲悉的情況而證實欠缺b)項要件,也就是說,證實判決還沒有轉為確定時,才依職權拒絕予以確認。

….

僅僅由於卷宗內不載有判決已轉為確定的證據,不足以使法院拒絕予以確認,在該假設中,法院必須推定判決已轉為確定的要件已具備。”

同一作者在其最近的2000年教材中[7],維持同樣的理解:

“純因卷宗內不載有裁判已轉為確定的證據這一事實並不構成給予確認的障礙;但是,如法院因履行職能所獲知之情況得出案中欠缺這一要件的結論時,則存在該障礙。這一結論更加符合第1101條的規定。”

RODRIGUES BASTOS[8]也作出同樣的理解。

其他國際私法理論界也持同樣觀點。

---

5 ALBERTO DOS REIS著:《Processos Especiais》,第二卷,科英布拉,科英布拉出版社,1982年,再版,第163頁。

6 FERRER CORREIA著:《Lições... Aditamentos》,第105頁和第106頁。

7 FERRER CORREIA著:《Lições...》,第477頁。

8 J. RODRIGUES BASTOS著:《Notas...》,第四卷,第二版,2005年,第256頁。

如MARQUES DOS SANTOS[9]贊同上述提到的Alberto dos Reis和Ferrer Correia的理解，寫道：

“對我們而言，該理論似乎是可以接受的，即認為：僅僅在卷宗內不存在外國判決已轉為確定的證據不足以導致拒絕確認判決，但即使反方沒有證明判決仍未轉為確定，只要負責審查的葡萄牙法院因履行職能而獲悉欠缺《法典》第1096條b)項要件，亦可以拒絕確認判決。”

LUÍS DE LIMA PINHEIRO[10]也發表了相同的意見。

僅知道MACHADO VILELA[11]在1876年《民事訴訟法典》生效時期明確持相反理論。對他來講，應由申請人去證明所有確認外國判決的要件，但在該《法典》(第1087條至第1091條)中，沒有與現行第1204條相似的規定，故在那種情況下，可以接受適用關於舉證責任的一般原則，但一如前述，這不是現行法律的情形。」

結論是，支持我們之前所作裁判所採取的理解，其亦沿用前高等法院的司法見解(例如於1998年2月25日在第786[12]號案件的裁判中提到)，同時獲理論界贊同。該理解是：在沒有由被申請人提出的相反的證據情況下，應當認為第1200條第1款b), c), d)和e)項的要件已具備，但並不妨礙當法院透過審查卷宗或因履行其職能而獲悉欠缺某一要件時，拒絕給予確認。』

4. 實體問題已確定的裁判

正如我們所說，被申請人認為因沒有審理案件的實體問題，所以有關判決不構成實體問題已確定的裁判。其認為在美國法律中，時效並不像在澳門或葡萄牙法律中那樣是屬於實體法的一項制度，而屬於程序法範疇，不妨礙在同一法院或其他法院提起另一訴訟。

但是，正如附於卷宗內的DÁRIO MOURA VICENTE教授所發表的意見中所說的那樣，待被審查的判決構成實體問題已確定的裁判：

『a) 首先，這是從待被審查的判決本身得出的結果。

在被美國聯邦第九巡迴上訴法院於2009年4月10日作出的判決部分確認的美國內華達聯邦地區法院於2007年8月16日作出的裁判中有以下內容：

“It is hereby ordered that the Plaintiff’s Complaint be dismissed on the merits and with prejudice. This is a final order for purposes of appeal.”

亦即：

“在此裁定原告關於實體問題的主張理由不成立，不得再就相關問題提起訴訟。為上訴之效力，本裁判為終局裁判。”

……

第九巡迴上訴法院的判決並未修改被上訴裁判中第一審法院作出的訴訟敗訴的判斷，因此在該

9 ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS著：《Revisão...》，刊於《Estudos...》，第324頁及刊於《Aspectos...》，第119頁。

10 LUÍS DE LIMA PINHEIRO著：《Direito Internacional Privado, Volume III, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras》，科英布拉，Almedina出版，2002年，第364頁和365頁。

11 MACHADO VILELA著：《Tratado Elementar (Teórico e Prático) de Direito Internacional Privado》，第一卷，科英布拉，科英布拉出版社，1921年，第666頁和667頁。

12 《澳門高等法院司法見解》，1998年，第一卷，第88頁。

部分確定了由該法院先前作出的dimissal on the merits and with prejudice。

在美國法律中對dismissal on the merits and with prejudice的意思作出了清晰的定義。在此我們搜集了一些關於這一概念的司法見解和學說：

「As a general precept of law, a "dismissal with prejudice" normally bars further litigation by the same claimant for the same claim.[…] Normally, a dismissal with prejudice is an adjudication on the merits. As such it is entitled to finality so as to further the underlying policy of res judicata, namely, the refusal of the law to tolerate needless litigation. A dismissal with prejudice thus is not only a bar to those issues adjudicated, but also to those issues that should have been litigated.」[13] [14]

「Dismissal with prejudice [is] usually considered an adjudication upon the merits and will operate as a bar to future action.」[15] [16]

「Dismissal with prejudice. A dismissal with prejudice is a judgment rendered in a lawsuit on its merits that prevents the plaintiff from bringing the same lawsuit against the same defendant in the future. It is a harsh remedy that has the effect of canceling the action so that it can never again be commenced. A dismissal with prejudice is Res Judicata as to every issue litigated in the action.」[17] [18]

「Dismissal with prejudice is a final judgment and the case becomes res judicata on the claims that were or could have been brought in it; dismissal without prejudice is not […] A civil matter which is "dismissed with prejudice" is over forever. This is a final judgment, not subject to further action, which bars the plaintiff from bringing any other lawsuit based on the claim. The dismissal itself may be appealed. It is done when the judge determines that the plaintiff has brought the case in bad faith, has failed to bring the case in reasonable time, has failed to comply with court procedures, or on the merits after hearing the arguments in court.」[19] [20]

「A dismissal with prejudice is dismissal of a case on merits after adjudication. The plaintiff is barred from bringing an action on the same claim. Dismissal with prejudice is a final judgment and the case becomes res judicata in the claims that were or could have been brought in it.」[21] [22]

---

13 參閱International Philantropic Hospital訴美國案，美國索賠法院，621 F.2d 402(1980)。

14 1譯本：作為一般性法律原則，"不可再訴的駁回上訴"通常禁止同一原告就同一訴求再次提起訴訟。[……] 一般而言，不可再訴的駁回上訴是針對案件實體問題的裁決。因此它自然具有終局性，從而體現確定判決制度背後的根本理念，即法律拒絕容忍不必要的訴訟。不可再訴的駁回上訴不但禁止再次提出那些已裁決的問題，而且禁止再次提出那些本應提出的問題。

15 參閱Steven H. Gifis著：《Law Dictionary》，第五版，紐約，2003年。

16 譯本：不可再訴的駁回上訴通常被認為[是]針對案件實體問題的裁判，是對未來之訴訟的一項限制。

17 參閱http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/dismissal.

18 譯本：不可再訴的駁回上訴。不可再訴的駁回上訴是在某一司法訴訟中針對實體問題所作的裁判，它禁止原告在將來再針對同一被告提起相同訴訟。它具有撤銷訴訟且不允許再訴的嚴重後果。不可再訴的駁回上訴對訴訟中所爭論的所有問題都構成確定判決。

19 參閱 http://en.wikipedia.org/wiki/Prejudice_(legal_procedure)

20 譯本：不可再訴的駁回上訴是一個最終裁決，並對所提出的或者本應被提出的訴求形成確定判決；可以再訴的駁回起訴則不同[……]。一個"被駁回起訴不可再訴"的民事問題已經永久地完結。這是終局裁決，不能再對其採取進一步行動，原告將不能再基於相同的訴求提起任何其它司法訴訟。但原告可以在法官裁定其惡意訴訟，或者未能在合理期間內提起訴訟，或者沒能遵守法院程序，又或者在聽取庭審辯論後針對實體問題作出裁判的情況下，就裁定敗訴的判決本身提起上訴。

21 參閱 http://definitions.uslegal.com/d/dismissed-with-prejudice

22 譯本：不可再訴的駁回上訴是在審理案件後針對實體問題所作的裁判。原告不能再就同一訴求提起訴訟。不可再訴的駁回上訴是一個最終裁決，並對所提出的或者本應被提出的訴求形成確定判決。

因此，本案被審查的判決中由第一審法院作出的並經上訴法院確認的，裁定甲提出的主張dismissal on the merits and with prejudice，是一個裁定訴訟敗訴的裁判，致使不能在同一法院或其他法院提起相同的訴訟。因此，有關判決不可被修改。

毫無疑問，上述dismissal是一個可產生澳門《民事訴訟法典》第1200條第1款b項規定的實體問題已確定裁判效力的裁判，因此應認為在本案中已具備該確認外國判決所需的要件。

b) 此外，這也是內華達現行法律所給出的解決辦法。根據《內華達州民事訴訟規則》第41(b)節的規定：

「Unless the court in its order for dismissal otherwise specifies, a dismissal under this subdivision and any dismissal not provided for in this rule, other than a dismissal for lack of jurisdiction, for improper venue, or for failure to join a party under Rule 19, operates as an adjudication upon the merits.」[23] [24]

規範聯邦地區法院民事訴訟的《聯邦民事訴訟規則》第41(b)條作出了相同的規定：

「Unless the dismissal order states otherwise, a dismissal under this subdivision b and any dismissal not under this rule – except one for lack of jurisdiction, improper venue, or failure to join a party under Rule 19 – operates as an adjudication upon the merits.」[25] [26]

也就是說，無論是按照《內華達州民事訴訟法》還是美國聯邦法律，裁定訴訟敗訴的判決原則上來說都是就實體問題作出的裁判，不可在同一法院或其他法院重新提起訴訟。

根據美國整體，特別是內華達州為促進訴訟經濟以及為預防由對同一爭議重復提起訴訟所帶來的出現互相矛盾的裁判的風險而實行的政策，或者說考慮到需要避免不懷好意的訴訟人通過在不同的法院提起相同的訴訟而獲得不正當利益的情況(forum shopping)[27]，上述規定是很容易理解的。

因此，無論是從其本身的決定內容來看，還是按照對其適用的內華達州的法律規定以及美國聯邦法律，待被審查的判決都構成實體問題已確定的裁判。』

JEFFREY W. STEMPEL教授的意見同樣是明確的："根據內華達州法律，可以清楚知道基於時效而駁回訴訟具有對實體問題所作裁判的效力，以及排除效力。"

因此，上訴人提出的問題理由不成立。

5. 針對澳門居民或實際所在地設於澳門的法人的裁判

要知道被上訴的合議庭裁判是否違反了《民事訴訟法典》第1202條第2款的規定，該規定如下：

"如有關裁判係針對澳門居民作出，且按照澳門之衝突規範，應以澳門實體法解決有關問題者，則提出爭執之依據亦得為倘適用澳門之實體法，將會就有關訴訟產生一個對該澳門居民較有利之結果。"

---

23 參閱http://www.leg.state.nv.us/courtrules/nrcp.htrnl.

24 譯本：除非法院在裁判上有相反的說明，否則b項所規定的敗訴以及任何本項未規定的敗訴都是針對案件實體問題的裁判，除非敗訴的原因是不具管轄權、審判地點不當或某位當事人未根據第19條的規定參與訴訟。

25 參閱 http://www.law.comell.edulrules/frcp/rule_41.

26 譯本：除非裁判上有相反說明，否則b項所規定的敗訴以及任何本項未規定的敗訴—除了因不具管轄權、審判地點不當或某位當事人未根據第19條的規定參與訴訟而裁定敗訴的情況之外—都是針對案件實體問題的裁判。

27 此理解參閱附於卷宗第20頁的JEFFREY W. STEMPEL教授的意見。

可能要解決的子問題如下：

－有關規定是否適用於所在地位於澳門的法人；

－裁判是否針對被申請人作出；

－如適用澳門實體法，訴訟結果是否對被申請人較為有利，以及根據澳門的衝突規範，是否應適用澳門實體法；

－被申請人為辯護而援引《民事訴訟法典》第1202條第2款的規定，是否違反善意原則以及存在濫用權利的情況(出爾反爾)，因為要審查的判決正是在被申請人自己提出的訴訟中作出的。

我們首先來看第一個子問題。

眾所周知，本案中提出質疑的依據構成我們的法律中對外地判決進行非形式上而是實體問題上的審查及確認的兩種情況之一(另一種是第1202條第1款規定的當出現《民事訴訟法典》第653條c項事實時的情況)。

在上指情況中，在澳門居民敗訴，沒有適用但按照澳門的衝突規範應該適用澳門實體法的外地訴訟中，被請求作出審查和確認的澳門法院要查明如適用澳門實體法，是否會就有關訴訟產生一個對該澳門居民較有利的結果。如果認為會產生對其較有利的結果，則應拒絕有關審查。

有關規定字面上的主體範圍是澳門居民。所指的不是在澳門居住的人，而是具有《基本法》第24條和《民事訴訟法典》第15條b項[28]行文中所指意義的澳門居民。這就是說澳門居民甚至可以不是在澳門實際居住。

與之相反的例子是該法典的第17條a項。根據該項，當被告在澳門居住時，即使他不是《基本法》所規定的澳門居民，澳門法院仍具有管轄權[29]。

上訴人主張有關規定中說到澳門居民的地方應視為同樣包括所在地位於澳門的法人。

我們來看是否真的如此。

在1961年葡萄牙《民事訴訟法典》，也就是1996年之前的那一部在澳門生效至1999年的法典生效期間，為確認一外國判決，需要其“倘針對葡萄牙人作出，且按照葡萄牙的衝突規範，應以葡萄牙私法解決有關問題者，不得違反葡萄牙私法規定”(第1096條d項)。

其中一個討論的問題就是該規定是否適用於葡萄牙籍法人。

在1995/96年對葡萄牙《民事訴訟法典》的修改中，有關規定成為被申請人提出質疑的依據，其行文如下(第1100條第2款)：

“二、如有關判決係針對葡萄牙籍自然人或法人作出，且按照葡萄牙法律的衝突規範，應以葡萄牙實體法解決有關問題者，則提出質疑的依據亦得為若外國法院適用葡萄牙實體法，將會就有關訴訟產生一個對該葡萄牙自然人或法人較為有利的結果”。

自此，有關規定便明確適用於葡萄牙籍法人，這一點在之前一直存有疑問，儘管大部分學說都傾向於應該適用。

---

28 “當出現下列任一情況時，澳門法院具管轄權：……
b) 被告非為澳門居民而原告為澳門居民，只要該被告在其居住地之法院提起相同訴訟時，該原告得在當地被起訴；……”

29 “遇有下列情況，澳門法院具管轄權審理上條或特別規定中無規定之訴訟，但不影響因第十五條之規定而具有之管轄權：
a) 被告在澳門有住所或居所；……”

眾所周知，1999年澳門《民事訴訟法典》是以1961年葡萄牙法典經過1995/96年修改後的版本作為藍本。

啓發了澳門立法者的葡萄牙《民事訴訟法典》(第1100條第2款)規定中說的是葡萄牙籍自然人或法人。

但是，澳門的規定僅提到澳門居民，而澳門居民在澳門特別行政區是與國籍相對應的要素。

根據《基本法》，只有自然人才可成為澳門居民。法人不享有居民身份。

為論證所在地位於澳門的法人不享有《民事訴訟法典》第1202條第2款賦予的特權的觀點，可以引用有關規定的字面涵義，提出澳門立法者雖然了解作為其藍本的葡萄牙法典中的相關規定，卻沒有將所在地位於澳門的法人納入該規定之中，可見其並不希望將該規定適用於上述法人。

但實際情況未必如此。

相反地，我們認為澳門《民事訴訟法典》的立法者考慮的只是將葡萄牙法典中所載的國籍特權直接照搬到澳門法中與國籍相對應的制度，亦即《基本法》規定的居民制度中。因此，立法者無意將所在地位於澳門的法人排除在有關規定範圍外。

事實上，沒有任何理由只對澳門自然人作出上述保護。所在地位於澳門的法人同樣應受到保護。

另一方面，澳門《民事訴訟法典》第1202條第2款同樣是一項保護澳門法律的制度，不論是實體法，還是衝突法[30]。該制度不僅適用於自然人，也適用於法人。

因此，我們認為所在地位於澳門的法人同樣享有《民事訴訟法典》第1202條第2款賦予的特權。

但是否所有所在地位於澳門的法人都享有該特權呢？

在這個問題上就要適用澳門衝突法為法人所設定的對應的聯繫標準了。而這一標準是“行政管理機關的主要實際所在地”(《民法典》第31條第1款)。

無論是對澳門的國際私法還是葡萄牙法律來說，法人住所指的都是其行政管理機關的主要實際所在地，“而不是一個簡單的由章程所定的卻並非其實際所在地的地方”。[31]

正如LUÍS DE LIMA PINHEIRO[32]所解釋的那樣，法人行政管理機關的主要實際所在地指的是領導機關通常形成意願、董事們召開會議以及成員大會舉行的地方。除非是屬於企業集團的情況，在該情況下，行政管理機關所在地指的是“領導層的基本決定被轉化為日常管理行為的地方”，是公司管理及經營其業務的主要中心所在地，即使在此作出的決定是遵照居住在另一個地方的股東所發出的指令，正如同一學者所引用的國際法研究院《關於股份有限公司的決議》中的第5條所述。

被申請人從未在其所提出的質疑中提出可得出其行政管理機關的主要實際所在地的事實，只是指出其章程所定的所在地為澳門。

被申請人對該等作為適用《民事訴訟法典》第1202條第2款規定的要件的事實負有主張及舉證責任。

---

30 ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS著：《Revisão e Confirmação de Sentenças Estrangeiras no Novo Código de Processo Civil de 1997 (Alterações do Regime Anterior)》，刊於《Aspectos do Novo Processo Civil》，里斯本，Lex出版，1997年，第144頁及第145頁。

31 JOÃO BAPTISTA MACHADO著：《Lições de Direito Internacional Privado》，科英布拉，Almedina出版社，第三版，1992年，第344頁。

32 LUÍS DE LIMA PINHEIRO著：《Direito Internacional Privado》，科英布拉，Almedina出版社，第二版，2002年，第81頁及第82頁。

被申請人並沒有這樣做，因此它以該規定作為理由所提出的，要求對待被審查裁判的實體問題作出審理的主張不能成立。

上訴理由不成立。

無需再審理其他問題和子問題。

三、決定

綜上所述，合議庭裁定上訴敗訴。

訴訟費用由上訴人承擔。

2015年5月6日，於澳門。

法官：利馬（裁判書制作法官）— 宋敏莉 — 岑浩輝

評論

1. 透過2014年6月19日的合議庭裁判，中級法院裁定訴訟勝訴，審查和確認了美國高級法院的判決。審查和確認美國聯邦第九巡迴上訴法院於2009年4月10日所作判決中確認內華達聯邦地區法院2007年8月16日判決的部分。

被申請人向本終審法院提起上訴，請求廢止被上訴的合議庭裁判，並提出了以下問題：

－待被審查的判決不構成實體問題已確定的裁判；

－外國判決不可被審查和確認，因為被申請人享有澳門居民的特權，其在美國的訴訟程序中敗訴，而按照澳門的衝突規範，應以澳門實體法解決有關問題，且根據澳門的時效規則，訴訟的結果會對其較為有利；

－不存在被申請人濫用權利的情況，因為它無論是在內華達法院的時候,還是現在都主張適用澳門的時效規則；

－合議庭裁判因沒有說明濫用權利的理由而無效。

2. 裁判書節錄中, 除了識別了其他問題, 更識別了下列問題:

- 了解是否構成實體問題已確定的裁判;

- 行政管理機關主要實際所在地位於澳門的法人享有《民事 訴訟法典》第 1202 條第 2 款所賦予的特權。

以及, 結論指出即使意思上法人主要及執行總部位於澳門特別行政區, 可享有此條文的特權, 但是被裁定上訴敗訴, 由於被申請人未在其所提出的質疑中提出可得出其行政管理機關 的主要實際所在地的事實，只是指出其章程所定的所在地為澳門。

緊接下來, 我們將判斷以下這些問題, 但在此前, 先判別有關外地裁決的確認制度及澳門特區現行制度之參照。[33] [34] [35]

a) 外地的裁判及仲裁判決之確認制度

正如我們所理解般, 法律的裁決(在此包括指在國家範圍的仲裁庭作出的裁決), 只會在相關國家的領域內產生效力。

然而, 由於出現國際貿易的擴張及全球化, 這些裁決有必要在國家領域以外的地方產生效力。

為著此原因, 透過借助簽訂國際協議及各國的內部法律, 來確認其他國家司法管轄法院作出的判決。

隨著時間, 一直尋求法律依據以作出確認，強調以下主張: [36]

- 論文「comitas gentium」
- 類似合同論文
- 既得權論文
- 特別法論文
- 國際司法管轄權的論文。

根據一個建基於「comitas gentium」的主張, 確認透過國與國之間的友好關係及國家之間確認其法院於

33 中級法院於第一審級判決澳門以外的法院或仲裁員所作者之裁判的請求確認 (第9/1999號法律, 第36條第13款)。此裁決根據(第1203條, 同一法規)歸由終審法院提起平常上訴之規則進行, 檢察院對違反第1200條第 c), e) 及 f)項為依據, 對所作之裁判有提起上訴的權利(第1203條第2款)。

34 澳門《民事訴訟法典》適當地提出 “對澳門以外的法院就有關私法方面的判決或仲裁裁決” , 而沒有使月 “外國” 一詞。此由於澳門並非為一國家或具主權的地區, 只作為一擁有司法獨立管轄權力之中華人民共和國的特別行政區, 澳門的法院並不具權限對外地法院的仲裁作出審理, 同時可對其國家內的法院裁決作出審理。如此下來, 澳門特別行政區的法院亦可對香港及中華人民共和國的其他地區的法院裁決作出確認及審理 (舉例來說, 參見中級法院裁判書, 案件編號第737/2011號, 日期:2015年10月8日 -案件編號第716/2014號, 有關中國內地法院的判決, 日期: 2014年3月5日 – 案件編號第341/2014 號, 日期: 2015年9月10日-案件編號第508/2015號, 有關香港法院作出的判決。)

35 非由澳門特別行政區作出判決的刑事判決的審理及確認, 載於澳門《刑事訴訟法典》第218條至223條。

36 此部分我們參照 A. Ferrer Correia 著 – Estudos Vários de Direito, 科英布拉1982, 第114頁及續後頁 , 可瀏覽: https://books.google.com/books?id=7KNhWb0JoksC&printsec=frontcover&hl=zh-TW#v=onepage&q&f=false .

外地進行的裁決的益處來實施。[37]

根據另一主張, 確認的理據可見於司法合同或類似合同。這情況下, 裁決所有部分構成有效依據，由於這些部分在法官面前同意類似合同的爭議點，其必須與裁決一致。為此， 其他國家法院的法官需要遵守此類此合同 , 就如一項非透過法院於外國簽訂的協議, 且不可違背當事人的意願。

第三個主張之重點放在既得權利上。這種情況下, 透過裁決確認已獲承認的權利和強加於雙方的義務, 故此, 只需要確定該些已被法院確定的裁決。

另一主張, 把判決識別為 “特別法”, 透過此一行為把抽象的法律規定變為具體的。因為在此情況下, 如法律被視作具權力來規範某些情況, 跟隨著有關國有效地作出的裁判, 同樣地應被確認。

對這些主張之批評指出, 從一開始起, 事實上國家並不是問題所在, 亦非國家有意在確認前對維護個人利益和個人關係的穩定作出保全措施。

就如 A. Ferrer Correia [38]指出, 確認之宗旨與國際私法相同, 也就是說，它旨在確保國際司法狀況的連續性和穩定性, 使各方及第三方的期許免受挫敗。一些司法狀況由一國家之法院定斷及成為確定裁判, 這需要利用此種情況, 以及需要使此前的不確定性不再恢復且作出確定。如此看來, 此種確認無非就是國際私法固有性質所引致之結果。

此確認今天仍面臨下面列舉的一些阻力：

a) 加重尊重國家主權。

b) 對外國法律制度缺乏信任。

c) 相關國家法官對作出判決時之恐懼, 原因為當原告或被告應由居住國家對判決作出確認。

d) 法院懼怕其所施行的措施超越其權限或所屬司法權的國家的界限。

37 “No law has any effect, of its own force, beyond the limits of the sovereignty from which its authority is derived. The extent to which the law of one nation, as put in force within its territory, whether by executive order, by legislative act, or by judicial decree shall be allowed to operate within the dominion of another nation depends upon what our greatest jurists have been content to call “the comity of nations.” Although the phrase has been often criticized, no satisfactory substitute has been suggested.
“Comity,” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and goodwill, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive, or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience and to the rights of its own citizens or of other persons was are under the protection of its laws”.- 案件 Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113 (1895)-美國 – 美國最高法院。

38 引用著作, 第 119頁。

說了這麼多後, 現在我們來看各個國家對確認外國判決的立場，將突顯以下制度：[39]

1. 在一些國家中, 其待被判決之效力可於確認前產生 (執行判決除外) – “依照法律” 的確認制度。

這原則尤其存在於法國, 內容與個人的狀況及能力有關。如此, 關於這些事上的判決被確認為 “依照法律”, 但並不影響到 “事後” 的處理, 倘判決在任何法院被援引。

同樣地，德國開始實行 “依照法律” 的確認, 但對有關離婚、分居及分產、撤銷婚姻或關乎到婚姻存在的判決時, 則受制於法定正式行為。

此亦曾為意大利於1865年《民事訴訟法典》中所實行的制度, 其後被廢止, 開始實行 “ 憑證判決 (sentenza de delibatione)” 制度, 在該制度下, 外國的判決僅被當地法院確認後方可在意大利的司法體制中產生效力。

2. 另一個承認確認的制度, 於對裁判進行初始審查後 (除了上述提及的情況上外, 此為法國、意大利和巴西的現行的制度。)

此系統具有兩種形式：

1) 假如訴訟地之國家法院確定判決符合所需條件, 確認只需擁有單純的法定形式審查, 尤其是該法院為具權限作出判決的法院, 以及法院遵守有關原則, 如辯論原則、傳喚原則等。

舉例說, 此乃為葡萄牙、瑞士、巴西及葡語系國家之現行制度, 此並不影響到一些就實體問題的審查情況, 及該制度亦出現於澳門特區的法律體制中, 往後我們將細看。

在此些情況下, 我們所面對的並非一個全新的判決 (審判), 用作取替之前作出的判決, 反之, 我們只面對一個已集合各種條件的宣告, 透過此些條件, 訴訟地法院的法律服從確認外地的判決。一個直正的最後 “執行令” 為訴訟地法院的判決, 使外地法院的判決可於將來在其法律體制起作用, 並可在其原審國家產生相同的效力。

2) - 於其他國家, 具權限的法院為著有關確認, 會重新就外地判決的標的進行事實及法律問題上的審查。如當了解到問題被作出不當的判斷, 可被拒絕。

然而, 此制度可造成誤判, 由於一般情況下, 進行確認的法院並不擁有所有給予已作出待被判決的法院的

---

39 此部分我們按照A. Ferrer Correia 著 – Estudos Vários de Direito, 科英布拉 1982, 第140頁 及續後頁, 可瀏覽: https://books.google.com/books?id=7KNhWb0JoksC&printsec=frontcover&hl=zh-TW#v=onepage&q&f=false 。同時參見其他著作, Maria Priscila Furtado – ANÁLISE DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DA ORDEM PÚBLICA PRO-CESSUAL NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PELO STJ – 於網頁, António do Passo Cabral -A sentença estrangeira e globalização: Acesso à justiça e cooperação internacional, 可瀏覽:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista16/revista16_206.pdf
Carolina Gomes Chiappini e Luciane Klein Vieira - O reconhecimento e a execução das decisões judiciais estrangeiras no Brasil e o caso das sentenças fronteiriças , 可瀏覽:
可瀏覽:http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/viewFile/7304/4159 及 Márcio Mateus Barbosa Júnior -Homologação de Sentenças Estrangeiras e o Sistema Difuso de Reconhecimento - A necessidade de mudança na redação do texto constitucional 可瀏覽:
http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10540

所有證據要件。

另一方面, 如A. Ferrer Correia 強調– 註釋引用, 第149頁, 確認一判決即接受一決定, 而非要引發爭議。實質問題的審查牽涉到引發雙方間的衝突, 這違背了確認機構本身的目的論說。事實上, 賦予法官以其能力審查外地的判決, 等同賦予其在事實及法律上的角度決定判決的好壞, 這實際上意味著否定外地判決的確認原則。

3. 另一制度為否定確認, 給予利害關係人在其希望獲得索賠的國家提出新訴訟的權利。然而, 這確認可因國際條約或因國際組織採取行動下發生, 如發生在挪威、芬蘭、丹麥和荷蘭。

另一方面，這種情況發生在英國，擬定採取的確認行為並非旨在對裁判作出評估，其價值就如證據（確鑿證據）。

然而, 在英國就有關 “金錢審判” 方面, 在1933年的 《外地判決(交互強制執行)條例》允許先登記的外地判決直接執行, 這情況下, 外地的判決等同於英國法院的判決。可是, 此制度取決於相互性。

此制度不適用於離婚及分居, 包含特別規定來允許特定條件下的確認（離婚和合法分居確認法案）。

美國採取類似所述的英國個案制度，雖然已就某些決定的執行設立了的特殊的程序 (統一承認外國民事判決法案)。

4. 最後, 一些國家對外地判決的確認取決於相互制度 (澳大利亞、委內瑞拉、以色列、墨西哥、波蘭、巴拿馬等)。

但是, 這種制度, 不值得採納, 由於此乃完全不以人為基本的判決。

基於多邊條約或多國國家組織行為的確認

除了以雙邊條約來對外地判決作出確認外 (一般情況下會採取相互制度), 確認也可以是多個國家的機構或多邊條約的行為而引起的法律結果。

我們會再和簡要談談其中的兩個方案：

- 理事會條例第44/2001號(歐共體), 2015年12月20日, 有關於權限、確認及民事及商事方面之執行判決 (布魯塞爾 I) (其由歐洲共同體第1791/2006號及1103/2008號規章引入新修訂)。

- 民事、商事、勞動及行政上的合作議定及司法管轄援助, 稱為《萊納斯拉斯維加斯議定書》, 由阿根廷、巴西、烏拉圭和巴拉圭於1992年簽署。

我們先來看規章。

此規章除丹麥外適用於歐盟所有的成員國[40], (參見第1條第3款) , 不取決於管轄區的性質, 適用於民事及商業方面[41]。

此規章揭示以下內容:

任何由成員國法院作出的決定被視之為 “判決”, 不取決於其是否被指派為之, 如裁判書、法官批示或執行命令狀, 以及法院秘書處所訂定之訴訟費用金額 (第32條)。

成員國所作之判決可被其他成員國確認, 而不需採取任何程序, 但在出現爭議的情況下, 任何涉及利益關係一方可以以確認作為主要名義, 根據本章節, 第2及第3部分, 要求進行判決確認(第33條)。

當確認違反被聲請成員國國家之公共秩序的情況下, 確認可被拒絕; 如當提起訴訟, 或等同行為, 而沒有於有效時間內通知或告知沒有到庭的被聲請人, 以便其作出答辯, 除非被聲請人即使可為之, 但卻沒有對此表示異議; 當其其他成員國所作之判決為不可調和的 ; 當其他成員國或第三方國家之前所作之判決為不可調和的。在以相同的請求及訴因的訴訟中, 鑒於之前所作的判決集合了所有被聲請成員國之所需條件而作出確認 (第34條)[42]。

一般而言, 不可對原有成員國國家的法院管轄權限施以管制, 除非有關權限屬公共秩序的範疇。

於一些情況下, 外地判決不可作為實質問題的審查標的 (第36條)。

在歐盟方面, 創立了以下條文:

理事會決議第 2006/325/CE號, 2006年4月27日, 關於歐洲共同體與丹麥王國之間所訂立的協議, 其有關於民事及商事方面的法院管轄權限、確認及判決執行 [公報 L120, 2006年5月5日]。

執委會決議第 2009/451/CE號, 2009年7月8日, 有關英國有意接受歐洲共同體第4/2009號規章, 其有關贍養義務方面之權限、適用法規、確認及判決報行與合作 [公報L 149 , 2009年6月12日]。

理事會決議第2011/220/UE號, 2011年3月31日, 關於以歐盟之名於2007年11月23日所簽署的海牙公約, 有關國際糧食徵收以造福兒童及其他家庭成員[公報L 93 , 2011年4月7日]。

憑藉這一決定, 歐盟於2011年4月6日與於2007年11月23日所簽署的海牙公約的各締約國建立一個國際糧食供給與徵收。

---

40 規章列舉一系列由歐盟國家所簽署的其他公約、條約及協議。
即使在規章生效後, 丹麥及歐盟國家的法院管轄權繼續遵循1968年布魯塞爾公約行事。此排除適用, 有關於丹麥基於1997年丹麥附加於條約的第5號協議的立場 (目前為第22號協議)。於2005年10月19日, 歐盟與丹麥簽署了一協議, 擴大規章裡面有關對此國家的法院管轄權、確認及執行在民事及商事方面的判決的規定。於2006年4月27日, 有關協議以歐盟之名經由理事會決議 第2006/325/CE號通過, 並於2007年7月1日起生效。

41 但是, 此協議排除了稅務、海關及行政方面有關的事宜, 同時排除了有關自然人的身份及能力、婚姻財產制度、遺囑和繼承、破產及類似的訴訟、社會保障稅和仲裁方面的問題。

有關於此些方面的事宜將以其他規章作出規範, 即:

-歐共體理事會第2201/2003號規章, 2003年11月7日, 有關於婚姻及父母責任之判決的管轄權、確認及執行。[公報L 338 , 2003年12月23日]。

- 歐共體理事會第 4/2009號規章, 2008年12月18日 , 有關於管轄權、適用法、判決的確認及執行, 以及有關於扶養義務方面上的合作。

42 除此之外, 確認可被否決, 如當沒有遵守第II章第3、4和6節的規定或第72條所定之情況。

理事會決議第2011/432/UE號 , 2011年7月9日, 關於歐盟於2007年11月23日通過的海牙公約, 有關國際糧食徵收以造福兒童及其他家庭成員[公報L192 , 2011年7月22日]。

理事會決議第2014/218/UE號, 2014年4月9日, 其修改了決議第2011/432/UE號之附件I、II及III, 有關於歐盟於2007年11月23日通過的海牙公約, 有關國際糧食徵收以造福兒童及其他家庭成員[公報L 113, 2014年4月16日]。

藉著這些決議, 歐盟於2014年4月9日通過公約發出文件。公約於2014年8月1日, 除丹麥外, 於所有歐盟國家生效, 使其可與其他不屬簽署公約之歐盟締約國解決有關贍養義務的問題。

《萊納斯拉斯維加斯議定書》, 於1992年, 由阿根廷、巴西、烏拉圭和巴拉圭簽署, 規範確認、判決執行及第五章的仲裁裁決, 在涉及民事、商事、勞動、行政、彌補損害及在刑事案件宣判的財產返還方面適用其他締約國管轄地之確認、判決執行及仲裁裁決。

由司法機關提出之確認、判決執行及仲裁裁決請求將會以請求信函轉移至中央機關, 取決於以下條件 :

a) 其已符合所需的法律要求的形式, 為了被來源國視為合法。

b) 其必需的附件, 被正確地翻釋成確認及執行之申請國國家之語言。

c) 其由具權限的司法機關或仲裁法庭, 根據有關國際管轄權之被請求國家之法規作出;

d) 被提起訴訟需要實施判決的一方, 已經恰當地被傳喚及對其作出辯護的權利提供保障;

e) 判決於宣判的國家具備已被確認及可被執行的事情;

f) 其明確沒有違反請求有關確認及/或執行國家的公共秩序原則;

第(a), (c), (d), (e) 和 (f) 項之要求應包含原本判決或仲裁裁決的副本。(第20條)

當所涉及的判決或仲裁裁決為同一對象, 基於相同的理據, 於其他被請求國家之司法訴訟或仲裁有著同樣的標的, 其確認及可執行性取決於該判決是否沒有與之前或同時在被請求國之宣告相抵觸。

當訴訟程序以同一對象, 基於相同的理據及標的, 在任何被請求方的司法機構開展, 其本應宣告判決的司法機關已在提請訴訟前要求作出確認, 在這種情況下, 不可作出確認及履行執行程序。

根據第24條, 所有為了進行確認及執行的判決或仲裁裁決的訴訟程序, 應當由被請求國的法律管轄, 包括相關司法管轄權。

a) 澳門以外的法院或仲裁員作出的裁判的審查法律制度

此問題在澳門《民事訴訟法典》第1199至1205條作出了規定, 在第1199條第1款規定澳門以外地方

之法院或仲裁員所作關於私權之裁判[43]，經審查及確認後方在澳門產生效力[44], [45]但適用澳門之國際協約、屬司法協助領域之協定或特別法另有規定者除外[46] [47]。

另一方面, 同樣於第680條第1款提及 “一、澳門以外地方之法院或仲裁員所作之裁判，須經澳門具管轄權之法院審查及確認後，方可作為執行之依據，但適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定另有規定者除外”。

相關的制度跟隨葡萄牙傳統的法律, 同樣在葡語系國家生效 (葡萄牙的前殖民地)[48], 僅包括裁判之要求形式的審核, 並不會對案件作出審議, 除非有關的裁判為針對澳門居民作出, 且有關案件所提出的爭議審查請求, 將產生一個對其較有利之結果, 且按照澳門之衝突規範，應以澳門實體法解決有關問題者, 則應以此作解決問題。(澳門《民事訴訟法典》第 1202 條第 2 款)。

1. 確認之法定要求

審查和確認請求由起訴狀作起始, 向中級法院提交[49], 包括提交再審的判決文件。

下列為構成確認的必需要求:

43 應了解有關 “判決”, 而並非只是裁判, 同時應去了解司法機關 (或仲裁裁決)之裁判書或任何批示及文件, 了解其所作出之裁判遵守有關義務。有關此方面, 可參見上述提及的理事会条例44/2001號(歐共體) – 第 32條。

44 此審理及確認乃中級法院在第一級審判有權審理的, 其於第9/1999號法律第36條第13款規定。此判決可向終審法院提起平常訴訟 (澳門《民事訴訟法典》第1205條第1款, 此在中級法院第一審級並沒有預先提及有關管轄權 。

45 葡萄牙現行的《民事訴訟法典》僅提供外地法院在 “有關私法的判決的確認及審理”, 以及對在外地仲裁的仲裁裁決, 於12月14日頒佈的第63/2011號法律的第55條、56條及59條第1款第h項作出規範。於7月11日之第29/96/M號法令, 澳門通過此仲裁制度, 但是只規範內部的仲裁, 規定仲裁裁決與具概括性權限法院之判決有著同等的執行力度, 但則完全沒有提及外地所作之仲裁裁決, 因此《民事訴訟法典》的規定可適用。

46 然而, 欠缺審理和確認並不阻礙判決可被提起待決訴訟程序, 但是此情況下, 在澳門法院正處待決之案件中純粹被援引作為證據，且該證據須由應對該案件作出審判之實體審理者(引用第1199條第2款)。

47 “除了此充分證據外, 外地的裁判還可提供證據的事實的效力, 其包含於裁判中, 且可在葡萄牙法院的待決訴訟程序被援引, 簡單作為證明事實的方法, 而此證據亦可被相對當事人反對, 其證明價值將由審判者自由評價” (原文Para além desta prova plena, a sentença estrangeira tem ainda o efeito probatório dos factos que nela se constatam, podendo ser invocada em processo pendente em tribunal português como simples meio de prova de factos, ainda que essa prova possa ser contrariada pela parte contrária, e cujo valor probatório será livremente apreciado pelo julgador”) (最高法院裁判書, 1988年12月16日- BMJ nº 382, 第187頁及續後頁)

48 關於此, 參見例子: 幾內亞比紹之《民事訴訟法典》第1094-1102條; 佛得角之《民事訴訟法典》第914-920條; 東帝汶第838-845條; 安哥拉之《民事訴訟法典》第1094-1102條。

49 澳門的《民事訴訟法典》跟隨葡萄牙的傳統, 立法者賦予上級法院在第一審級對外地的仲裁裁決作出確認及審查的權力。其他的國家也同樣跟隨此模式, 特別是葡語系國家。但是, 更為確切的是巴西, 已有幾年的時間, 此權限由憲法授予最高聯邦法院。第45/2004號憲法修正案, 修改了第105條, 確認外地裁判成為高級法院的權限，由國家法院以法院對外國機關囑託書作出承認外國法院判決的裁定的批給。
其他國家向第一審法院賦予此權力, 如德國、加拿大、法國和瑞士(有關向第一審法院賦予此權限的更詳盡資料, 參閱此在網上的文章：Maria Priscila Furtado 著- ANÁLISE DOS LIMITES E POSSIBILIDADES DA ORDEM PÚBLICA PROCESSUAL NA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PELO STJ)

第1) 對有關載有判決的文件的真確性及判決的可理解性不存在疑問[50, 51,52]

即外地法院的判決確認取決於所持文件的真確性且不對該真確性存疑。此文件可以是由相關法院發出的判決證明或其他要求作出確認之地所產生的判決[53 54]。

真確性可被推定, 但可被證據反駁, 以及可被法院正式排除, 如當文件的外在特徵顯示其缺乏真確性; 在遇有疑問之時, 法院可採取必需措施來消除其疑問, 要求請求人作所需解釋, 以便釋除疑問, 以作出確認。

如仍然存在不可釐清的疑問, 則不可作出確認。

同樣地, "判決" 定必須被視作可被理解的[55], 即表示判決不可是含糊的、難明的或對相關問題留下疑問, 訴訟結果在雙方的法律定義產生清晰的判決。

---

50 "I. 要使外地的判決被確認, 另外還需要的是 "não haja dúvidas sobre a autenticidade do documento de que conste a sentença nem sobre a inteligência da decisão" - 《民事訴訟法典》第1096條第a項- 以及 "o réu tenha sido regularmente citado para a acção, nos termos da lei do país do tribunal de origem e que no processo hajam sido observados os princípios do contraditório e da igualdade das partes" – 同一條文。
II. 然而, 法律並不要求有關的傳喚要為向本人作出的, 可以作公示傳喚, 因此, 第e項強制的是以訴訟國家法院的規定以正規的方式傳喚被告, 這樣能使辦論原則得到應有的保障, 特別是依職權委任的辯護人, 作出以公示傳喚的方式。
III. "裁判的理解" 等同於" 裁判的可理解性", 這是有需要的和足夠的, 相關的文件可允許理解及明白需作審理的判決的確實所及範圍" (Ac. STJ, de 12.11.1998 – Processo nº 98B858).

51 IV – 判決的證明及經認證的影印本是必須的文件, 構成訴訟之審理及確認, 亦因此, 相關的呈交及加入甚至應適用於《民事訴訟法典》的制度之中, 組成卷宗的材料 (第523條 及續後條文)。
V- 這樣, 如問題所在是對文件真確性的疑問, 則法官在沒有其他選擇的情況下, 在實質問題的審判中只可否決確認; 但是, 如問題只純粹有關證據法, 以及缺乏核實載於判決裡的文件, 那麼法官有義務去邀請利害關係方法進行認證, 即按照葡萄牙的實質證據法核實文件, 如未能核實則訴訟不可繼續進行, 及適用《民事訴訟法典》第508條第2款的最後部分的安排。(其與67年的《民事訴訟法典》的第477條第1款相對應)
I- 如對上指的邀請不作為, 將明顯反映於審查及案件的裁判中, 構成次級無效 (民事訴訟法典第201條第1款) (Ac. STJ, de 10.01.2002 Agravo n.° 2597/01-7ª Secção- Sumários, 1/2002).

52 "I – "能被影響的審理, 不只有外地的判決, 還有裁判書及批示" (Acórdão do STJ, de 10/24/1969- Processo nº 062664).

53 我們找到了一個具此效力的有效文件作例子, 於里斯本上訴法院的裁判書, 日期:2007年3月7日- 第3908/2006-7號訴訟案: "不會對有關由澳洲當局所發出之文件的真確性存疑, 其已證明了該國法院於2006年2月8日頒布之離婚判決, 該文件乃是該國為著證明其所頒布之離婚司法判決為目的而發出, 此判決的審理不屬裁判實質問題的監督管轄範圍, 此保障了民事訴訟法院第1096條第a項所奉行的規定, 必須對澳洲當局所宣判的判決給予審查及確認 (《民法典》第365條及1970年的海牙公約-《承認離婚和分居公約》)".

54 海牙公約第13條, 有關於外地就民事及商事上判決的確認及執行, 規定如下:
" 要求確認或申請執行的一方, 必須提出:
(1)一份完整而真實的判決書副本;
(2) 如果是缺席判決, 證明傳喚已合法送達未出庭一方的文件原本或經核對無誤的副本;
(3)所有證實判決符合第四條第一款第二項以及必要時第四條第二款規定的文件;
(4) 除非有被請求當局的豁免許可, 上述文件的譯文, 應由外交人員或領事, 宣誓過的譯員或由法院指定的譯員或由兩國之中一方主管此事的其他人員證明。
如果判決書的內容不能使申請國證實公約的所有條件都已履行, 該當局可要求提供其他一切有用的文件。".

55 明確提到"判決" 意指因該判決而顯示出其可理解性, 而非如透過其事實或判決依據。

第2) 根據判決被作出的當地法律案件已被轉移為已確定的裁判[56,57]

遵照此要求, 為著作出確認, 判決必須為最終的, 即指在判決作出之國家(地區)有關判決已被轉移為確定的。

關於此要求, 在《海牙公約》第4條第2款, 規定 " 第四條 締約國之一應承認和執行另一個締約國依照本公約規定的下列條件作出的判決:

(二) 判決在請求國不能再作為普通程式的上訴標的,[58] [59]

為使在被請求國可以執行,判決應該在請求國是可以執行的。"

第3) 有關法院的權限並非由法律規避所引起, 且不涉及澳門法院專屬的管轄權限。[60]

判決可被確認, 如當法院擁有法定的的權限作出判決效力, 且此判決不可引致法律規避。

另一方面, 如當涉澳門法院專屬的管轄權限, 亦不可作出確認。

根據澳門《民事訴訟法典》第20條 "澳門法院之專屬管轄權

---

56 " I-能被影響的審理, 不只有外地的判決, 還有裁判書及批示。
II - 當法院不能透過查閱卷宗或因透過行使其職權而知悉來作出核實, 需作出審理的判決不會轉為確定, 假定其滿足《民事訴訟法典》第1096條第b)項的所需要求;或假定其已轉為確定。聲請人可被豁免提交有關要求之確實及直接證據。這樣, 如被聲請人以缺乏此要求而對請求提出爭議, 但卻未能對就有關辯護提證, 則維持以上提及的推定。
III - 並不會阻礙需作審理具臨時性質的判決轉為確認, 就好像一批示確定扶養的提供的個案, 可因離婚訴訟而被更變。
IV - 引用第1096條第f)項, 有關所需要求的驗證 - 判決不包含 "decisões contrárias aos princípios de ordem pública portuguesa(有違葡萄牙公共秩序原則的裁判)", 所採納的是裁判的本身, 而非其所確立的理據, 這樣就不會違反於批示內所載的原則, 一個有關離婚訴訟過程的案件, 丈夫被判向妻子作出扶養的提供, 但該妻子與第一任丈夫在外地的判決沒有在葡萄牙被確認。
V - 在對作出確查請求批示後, 向聲請人及其第二任丈夫頒布離婚的情況 , 不會導致審理無效(Acórdão do STJ, de 10/24/1969-Processo nº 062664)

57 " 假定於頒布離婚後, 裁判轉為確定, 如被聲請人對訴訟沒有異議及要求審理, 有關所頒布的判決被記錄於國外的民事登記中" (Ac. RE, de 11.01.1990: BMJ, 393.-684).

58 但是, 於海牙公約第23條第7款, 某些情況接受其他國家的可執行的判決的確認及執行, 即使其可成為一平常上訴的標的, 此情況同樣出現於布魯塞爾公約第30條。

59 此同為澳門《民事訴訟法典》第582條所給予的轉為確認之定義。("對裁判不能提起平常上訴或不能按第571條及第572條之規定提出異議時,裁判即視為確定。")

60 "I - 自第329-A/95號法令生效後, 對於審理及確認外地判決的障礙不在於其所宣讀的判決與葡萄牙的對立, 而是要維持葡萄牙之國際公共秩序的原則。
III - 為了核實《民事訴訟法典》第1096條第f)項的所需要求, 所採納的是裁判的本身, 而非其所確立的理據。
IV - 既不會以主要的方法, 更不會以附帶的方法, 去處理有關聲請人與被聲請人之間已被頒布的離婚訴訟, 所涉及於葡萄牙的不動產之物權及享益債權, 我們所面對的並非一在《民事訴訟法典》第65條第A項, 專屬葡萄牙管轄權限的訴訟, 故此, 此並沒有理據顯示違反。
V- 儘管在葡國法院把判決轉為確認前, 亦可構成有關此的裁決, 但仍應准許對外地法院對所頒布的判決進行審查及確認。(《民事訴訟法典》第1096條第d項)。
VI - 這情況下, 首先於瑞士法院提起的離婚訴訟, 於1969年2月6日頒布判決, 有關判決沒有被上訴, 及後, 即使已於葡國法院訴訟被提起, 但該判決不能被確認, 其後以1978年4月4日之判決於同年的4月14日被通過, 同樣地, 頒布離婚。(Ac. STJ,de 03.07.2008: Proc . 08B1733)。

澳門法院具專屬管轄權審理下列訴訟：

a）與在澳門之不動產之物權有關之訴訟；[61]

b）旨在宣告住所在澳門之法人破產或無償還能力之訴訟。”

如此, 任何涉及此些方面的外地裁決其確認可被否定。

第4) 其不可援引訴訟已繫屬及案件已有確定裁判的抗辯作為理據以影響澳門法院, 除非澳門以外的法院預先告知其法院管轄權。[62]

確認的障礙之一, 亦為存在訴訟已繫屬及案件已有確定裁判。

此些概念由澳門《民事訴訟法典》第416條引致, 根據此條文訴訟已繫出現於其如重複提起訴訟時先前之訴訟仍在進行，則為訴訟已繫屬之抗辯；如重複提起訴訟係於首個訴訟已有判決後出現，而就該判決已不可提起平常上訴者，則為案件已有確定裁判之抗辯。

及後的第417條有關於其理由, 如提起之訴訟，在主體、請求及訴因方面均與另一訴訟相同，則屬重複提起訴訟, 當事人之法律身分屬相同者, 則為主體相同; 如兩訴訟中欲取得之法律效果相同, 則為請求相同; 如兩訴訟中所提出之主張基於相同之法律事實，則為訴因相同；在物權方面之訴訟中，產生物權之法律事實視為訴因，而在形成之訴及撤銷之訴中，當事人為取得欲產生之效果而援引之具體事實或特定之無效視為訴因。

---

61 涉及物權法之訴訟不應被理解為 “所有及任何即使是間接相關, 或與不動產之物權相聯的次要及附帶憑證 , 此法制的範圍偏離了所有權內所包括的權利 , 然而, 此僅指該些旨在確定不動產之擴展、穩固、所有權的佔有; 或與此財產有關之其他物權, 以及保障有關權利人對其所有權而衍生之特權加以保護” , 由於在物權法的標的或核心理據就如理由的主張。”
(Acórdão do STJ de 13.01.2005 – Processo nº 3804/04 -2ª Secção)

62
“1- 一個外地的判決不可被確認, 如當其屬葡國待決的裁決或作出與待判之地所頒布之裁決相同之訴訟, 除非雙方法院均具權限, 否則根據葡國法, 外地法院的訴訟需訴訟在葡萄牙提案前應已提起訴訟。2- 如此, 可在審查程序中給予被聲請人充足的消息, 有關在葡國法院的離婚訴訟正處於待決中, 以便其陳述援引訴訟已繫屬的抗辯的理據, 而並非要關聯已知悉及頒布的裁判書, 造成起訴的不作為, 由於此抗辯權乃依職權審理的, 此已違反了於《民事訴訟法典》第660條第2款最後部分及第1101條最後部分的規定。
3. 根據《民事訴訟法典》第666條第1款的規定, 因應第716條第1款適用於第二審法院的，只有裁判書的頒布, 而並非指待審案件次序表之程序登記, 由於此會使法官對案件事宜之審判權失效。 (Ac. STJ, de 02.02.1993: CJ Acs. STJ, 1993, L-108)。

訴訟已繫屬之抗辯應於較後提起之訴訟中提出；被告較後被傳喚參與之訴訟視為較後提起之訴訟; 如兩訴訟中均於同一日作出傳喚，則訴訟之先後次序按辦事處收到有關起訴狀之次序決定。(澳門《民事訴訟法典》第418條)

引用第416條第3款的明確規定, “案件在澳門以外地方之法院正待決之情況無須予以考慮，但適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定另定解決方法者除外。” 即指, 除非另有適用於澳門的協約的解決方案, 以及在司法合作協議中所指, 可於澳門對某一人以同一訴因提出訴訟請求, 而此相同的訴訟亦於澳門以外的法院被提起, 即使此沒有造成訴訟已繫屬的情況。

現在, 我們回到確認方面, 我們可從澳門《民事訴訟法典》第1200條第d項看到其所及範圍和如何與第416條第3款所述關聯。

在有關訴訟已繫屬的確認障礙, 存在著多種可能的解決方法。

其中一方法是, 不把訴訟已繫屬看作成確認障礙, 按此法, 利害關係人可以以案件已有確定裁決之抗辯為由, 於確認國結束訴訟。

另一為被其他國家所採用的方法為, 要求作出確認的國家在待被審查的判決及被轉移為確定的裁判前, 將不可作出確認。

另一解決方法為 (目前在葡萄牙生效[63]且目前同為澳門《民事訴訟法典》第1200條第1款第d項及1966年之海牙公約的第5條第3款第a項[64]), 主要指出訴訟已繫屬只會表現及造成確認被拒絕, 如當訴訟行為首先於請求確認國被提起[65]。

因此, 在確認國家之待決爭議為同一當事人以相同的事實及標的之行為, 可會發生如當首次訴訟國

63 “Para que a sentença seja confirmada é necessário: d) Que não possa invocar-se a exceção de litispendência ou de caso julgado com fundamento em causa afeta a tribunal português, exceto se foi o tribunal estrangeiro que preveniu a jurisdição” (葡萄牙《民事訴訟法典》第980條)。

64 “然而, 在下述情況之一, 可以拒絕確認及執行判決;
3) 同一當事人之間, 基於同樣事實以及具有同一標的的訴訟:
a) 在被請求國法院首先提起並正在進行中, 或
b) 訴訟已在被請求國作出判決(第5條)” 。

65 關於民商事管轄權和判決承認與執行規則的理事會條例第44/2001號, 日期: 2000年12月22日 , 這與民事及商事之司法權限、確認及裁判執行相關, 於第27條及30條作出訂定, 分別為以下 :
“1. Quando acções com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir e entre as mesmas partes forem submetidas à apreciação de tribunais de diferentes Estados-Membros, o tribunal a que a acção foi submetida em segundo lugar suspende oficiosamente a instância, até que seja estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar.
2. Quando estiver estabelecida a competência do tribunal a que a acção foi submetida em primeiro lugar, o segundo tribunal declara-se incompetente em favor daquele”.
“Para efeitos da presente secção, considera-se que a acção está submetida à apreciação do tribunal:
1. Na data em que é apresentado ao tribunal o acto que determina o início da instância ou um acto equivalente, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que seja feita a citação ao requerido; ou
2. Se o acto tiver de ser citado antes de ser apresentado ao tribunal, na data em que é recebido pela autoridade responsável pela citação, desde que o requerente não tenha posteriormente deixado de tomar as medidas que lhe incumbem para que o acto seja apresentado ao tribunal”.

為原訴訟國家。[66]

第5) 有關被告已按照原審地法院法律之規定在訴訟中被傳喚, 以及訴訟過程中已遵照有關辯論原則及當事人平等原則。

外地的裁決審查及確認程序應包含所需要件, 為著釐清是否被聲請人已按規定被傳喚, 以及受審查的裁決是否已轉移為已確定的裁決 (Ac. STJ, de 04.04.2002, Revista. nº 797/02-2: Sumários, 4/2002)。

此項用作反映被告在訴訟中的基本權是否有被違反, 定斷確認的否定及展示其與第f項的一些關聯, 有關違反公共秩序, 我們續後會談及。

傳喚構成絕對的基本行為, 使被告可行使其辯護權, 如反駁事實及提出證據等。[67]

如此一來, 假如被告在訴訟中沒有根據原訴訟國家之訴訟法, 按照規定被傳喚, , 此即造成不可確認。

這 表示, 即使被告沒有被傳喚, 但已遵守了有關適用於該案的原審國之訴訟規定, 則確認可被接納。[68]

在此情況下, 辯論原則構成一項基本權利, 此給予了被告反駁訴訟中的事實的機會, 並聽取其所提起的問題。[69]

另一方面, 當事人平等原則對法院強加保障義務, 在整個訴訟過程中，法院應確保當事人具有實質平等之地位，尤其在行使權能、使用防禦方法及適用程序上之告誡及制裁方面。(澳門《民事訴訟法典》第4

66 有關此方面更詳細資料, 參見 A. Ferrer Correia - Estudos Vários de Direito, 科英布拉 1982,第159及續後頁 , 可瀏覽: https://books.google.com/books?id=7KNhWb0JoksC&printsec=frontcover&hl=zh-TW#v=onepage&q&f=false

67 在澳門內部的法律, 被告未作被傳喚會引起整個在起訴狀後之訴訟無效, 對此的補救有(澳門《民事訴訟法典》第140條)。

68 "1 被請求的法院不可檢查, 按照原來國家訴訟法之訴訟程序。
2. 反對作出確認的一方援引指, 沒有遵照原審國家之辯護原則或機會辯論原則是不足夠的, 需要就其所表明的提供確切證明, 同時, 由法院根據《民事訴訟法典》第1101條, 依其職權去了解是否符合具備進行全面調查的資料。3. 一個以附隨名義之原審地訴訟所頒布的裁判, 對同一訴訟宣布不存在傳喚無效, 會引致裁判審查, 不需進行獨立審查, 就如所產生的裁判之確認請求之理由成立的條件, 以主要名義在原審國頒布上述訴訟。 (Acórdão do STJ, de 07.10.2004 – Processo nº 04B2879).

69 "一、未經一方當事人提出請求，而另一方亦未獲給予機會申辯者，法院不得解決引致訴訟之利益衝突。
二、僅在法律規定之例外情況下，方得未經事先聽取某人之陳述而採取針對其之措施。
三、在整個訴訟過程中，法官應遵守以及使人遵守辯論原則；在當事人未有機會就法律問題或事實問題作出陳述時，法官不得對該等問題作出裁判，即使屬依職權審理者亦然，但明顯無需要當事人作出陳述之情況除外。". (澳門《民事訴訟法典》第三條)

條)

第6) 在有關裁判中並無包含一旦獲確認將會導致產生明顯與公共秩序不相容之結果[70] [71]

術語“公共秩序”，從它的上下文中明確得知, 其與以法律去保障某一國家的財產及人的安全所指的公共秩序沒完全不同。

事實上, “公共秩序” 在此應被理解為 “ 為一不確定之物, 儘管某一狀況下之公共秩序的基本原則可為其下定義, 其包含了道德、經濟及自身社會在此一情況下之根本價值。”

其並不是永久不變的, 隨年月及相互價值或有關社會所需而變遷。

然而, 在歲月中, 其會以高標準的穩定性及持續性展現及維持。

… 公共秩序構成一個的道德 - 社會 - 經濟內容複雜的規範性, 其由多個成文法及一法律組織而成的群體之各種原則和基本價值構建而成, 適用於相關的領域, 且優先於其他規範、原則或外國外來的公共秩序的價值或與之相互衝突的 ”[72]

按照A. Ferrer Correia著,[73] “國際公共秩序為一未被確定的概念, 不可按其內容而下定義, 但可按其功能：就如作為一手法, 容許避免該些受限於外國法律及與一國家法律之基本原則不相容的法律, 加入審判國家社會-法律的秩序。因此, 在此需處理, 對兩者所採取之法律之結果作比較 – 一般應適用的法律及審判地之法律 – 在同一個案上, 評價審判法院所採用的法律之不同後果 – 發出具體的價值判斷, 或一些與其相關具體的事情 。 ”

在這些原則之間建立了公共秩序, 它們可以是實體或訴訟性質, 我們在下面論述:

實體性質方面: 禁止奴隸、農奴、死刑、種施歧視、遵守 “pacta sunt servanda” 及 “fraus omnia corrumpit” 之原則 (一切的欺詐行為使腐敗, 引致判決無效及阻礙確認, 就如導致上述援引之第1200條第1款第e項)、禁止不當得利。

訴訟性質方面: 符合規則的傳喚、判決理據、“正當法律程序 ”、辯論、方法平等原則等等。

雖然所研究的該項條文只談及 “公共秩序, ”, 並沒有提及是否把之看為國際或澳門特別行政區的公共秩序, 我們的理解為, 需以相對應的葡萄牙 《民事訴訟法典》的規範以同等方式解釋, 其涉及到國

70 “I. 一在外地的離婚訴訟, 不履行試行調解的義務, 只要表示出其沒有和解的意向, 這不表示其嚴重地損害了葡國的國際公共秩序原則。
II. 該些事先試行調解的命令不應予以考慮, 由於在被告缺席不確定的前提下, 展示出相關的可豁免性, 此包含於1995年《民事訴訟法典》第1407條第6款, 由公示傳喚作相應的取代。” (Ac. STJ, de 02.03.2000- Sumários, 39º-33)

71 “I. 為了核實《民事訴訟法典》第1096條第f)項的所需要求, 所採納的是裁判的本身, 而非其所確立的理據。
II. 載於外地判決需作審查的裁判 – 轉化為分產及分居的離婚裁判 – 既不會導致與葡國國際公共秩序原則不相容的結果, 也不會與法律體制不相容, 葡國的法律體制也接納基於此情況下之離婚 (Ac. STJ, de 20.06.2000- Sumários, 42º-23)。

72 參見 Manuel Pereira Barrocas: “A Ordem Pública na arbitragem”, 第38頁 及可瀏覽:http://www.oa.pt/upl/%7Ba3c0fd19-433b-4558-8aa0-f412022d855b%7D.pdf

73 Lições de Direito Internacional Privado, 1973,第 564 及 565頁。

際或澳門特別行政區的公共秩序。

在此背景下, 有關的學說對其作出保留旨在 “ 避免案件應用外國的法律, 從而對我們良好和諧及平衡的公共秩序造成嚴重損害, 或侵害其最根本的標的, 故此, 這表示其干預乃被指定為有權力適用的公共秩序之抗辯”。[74]

所以, 該些違反國際及澳門特別行政區的公共秩序原則的, 將不可作出確認。[75]

2. 審查請求的爭議

請求僅可以以缺乏第1200條所提及的任何要求作為理由, 或證明於第653條a、c及g項存在某些其預見的事實時方可作出爭議[76] (澳門《民事訴訟法典》第1202條第1款)。

儘管“僅”此一副詞看似具限制性的, 遠離了其他的爭議條件要求, 第2款則例外地允許使用其他我們以後會詳談的爭議理由。

3. 舉證責任

第1200條第a及f項的要求已被法院按其職權作出查證, 所以甚至不需要被援引。

有關其他出現於同一法規的第b), c), d) 及 e)項的要求, 法院亦可按其職權否決確認, 如當透過訴訟查核或由其行使職權而獲悉之事, 查明於同一法規的第b), c), d) 及 e)項所缺乏之要求。[77]

這情況下, 將由法院按其職權查核判決內含的文件的真確性及其可理解性, 以及查核是否要求作

---

74 Baptista Machado 著 – Lições de Direito Internacional Privado, 2ª edição, 第 257頁。

75 核實該原則可確定該待決之裁判需審查之實質問題。 “我們的制度併入了外地裁判的巴西法律”, 從前由聯邦最高法院處理, 目前稱之為‘delibação moderada’, 因為為了要檢定上述所指之違反公共秩序, 所以需要對實質問題作出表面上的核實。事實上, 違反公共秩序十分罕見於行為的形式, 但常見於其內容或由外地訴訟之實質形式, 即使其符合訴訟地之法律亦然。(Cláudio Finkesltein 教授, 引用自- Análise dos Limites e Possibilidades da Ordem Pública Processual Internacional na Homologação de Sentença Estrangeira pelo STJ – Maria Priscila Mendonça Furtado, 第24頁. 上述引用)。

“I – 在外地判決的審查及確認上, 葡國的法規, 除了《民事訴訟法典》內涉及實質問題之審查 -第1096條第f)及g)項之例外規定情況外,僅採取了形式上的審查。
II – 此結論有例外, 當為訴訟的敗訴方及葡萄牙公民，非由其要求作出審查及確認, 在司法層面上應予接納。(Acórdão do STJ, de 02/20/1990 – Processo nº 078528)

76 其分別規定了以下:
a ）透過已確定之判決顯示出上述裁判係因法官或參與裁判之任一法官瀆職、違法收取利益或受賄而作出者；
c ）有人提交當事人不知悉之文件或提交當事人於作出該裁判之訴訟程序中未能加以利用之文件，而單憑該文件足以使該裁判變更成一個對敗訴當事人較為有利之裁判；
g ）該裁判與先前作出、對當事人構成裁判已確定之案件之另一裁判有所抵觸。. (第653條 “參閱前” 澳門《民事訴訟法典》第1202條第1項)。

77 “1. 根據《民事訴訟法典》第1101條, 上訴法院可拒絕確認外地判決, 如經查閱卷宗或依其職權而知悉, 查明其欠缺一些在同一法典第1096條, 第b)、c) 、d) 及e)項之所需要求。
2. 如此, 法院不可因欠缺這些要件, 而拒絕確認, 如其不能查明是否能達成該些要求。(Ac. RL, de 14.02 .1975: BMJ, 244-312).

出確認之判決, 會導致一個明顯與公共秩序不相容的結果。

倘此些要求符合, 法院將同時按其職權透過訴訟查核或由其行使職權而獲悉之事, 如當符合法規的第b), c), d) 及 e)的要求, 法院可對不符合要求的情況作出確認否決。

所有的要求是累計的, 但是可推定查核的確定性, 假若沒有其他要件使之不符。

現在來看下列, 被聲請人負有主張及舉證的責任:

a)當可確定判決顯示出判決是由瀆職、違法收取、賄賂有份參與判決的法官或其中一些法官而作出;

c) 當有所呈交的文件為其中一方並不知悉的, 或是該文件不可使用於判決已宣讀之訴訴, 該充分文件本身可用作對敗訴當事人有利的變更;

g) 當與之相反可對當事人構成裁判已確定的案件形成之前。(澳門《民事訴訟法典》第653條, "參閱之前" 及第1202條)。

同時, 於第1202條第2款的要求指出, 需要陳述及證據, 為使法院可對需進行審查的案件的裁判作出評定。這樣, 如希望對此相關的爭議作出評定, 被聲請人負有主張及舉證的責任;

a) 於待被審查的判決宣讀之日, 其已為澳門居民;

b) 如應以澳門實體法解決有關問題者, 且按照澳門之衝突規範，將會就有關訴訟產生一個對該澳門居民較有利之結果。[78] [79]

c) 具體案件:

1. 待被審查的判決可構成實體問題上裁判已確定的案件?

其中一個被請求及被處理的問題是, 要知道裁判書裡的判決可被視作, 實體問題上裁判已確定的案件。

被請求方來辯護指, 裁判因沒有審理案件的實體問題而不構成實體問題上裁判已確定的案件。另一方面, 在美國的法律中, 時效期間並非為實體法的規範, 由於沒有任何事可阻礙新的訴訟就同一問題於同一或其他法院的提起。

終審法院 – 依我們的觀點 – 此辯護被判斷為理由不成立的, 其被理解為該判決具審理案件實體問題的效力和時效期間之效力。

---

78 "I. 夫妻雙方均為葡萄牙籍, 離婚應由葡國法去規範。
II – 為使判決被確認, 需要葡國公民-敗訴方在外地法院被處理的訴訟, 就如被葡國法院處理一般, 如有關訴訟曾於葡萄牙進行。
III – 如葡國公民之對立方為接納外地判決裁判的一方, 則不具對實質問題進行審查的理據, 應選用形式上的審查及確認有關判決。
(Acórdão do STJ, de 09/23/1997- Processo nº 97A302)

79 "1. 葡國的法律制度採取形式上的審查, 即使存有一些偏向於實質問題上的審查偏差。
2. 於1995年的修訂後, 國籍的特權不再被考慮為確認的要求, 更成為構成確認的障礙, 利害關係方對其保有提出援引的主動性, 以及回避法院依職權的審理。
3. 儘管訴訟程序要求法院建立對實質問題的真實審查, 並非在這種情況下, 審核法院需對案件進行二審：審核法院需要做的是，就其工作作出結論，給予抑或拒絕確認原審法院之判決 。" (Ac. RL, de 15.01.2008 - Proc. 8350/2007)

現在我們來評斷此問題:

在美國的法律中存有“dismissal with prejudice”(駁回本案,不得再向被告提起相同訴訟) 及“dismissal without prejudice (不影響實體權利的駁回起訴;可以再訴的駁回起訴)” 的規範, 藉此從根本地尋求加快及加強司法行政的效益, 擺脫法院資料, 很多時僅僅由於操作上的拖延而對被告造成的損害。

然而, 此些不同的規範會產生不同的效力。

按此, “dismissal with prejudice”(駁回本案,不得再向被告提起相同訴訟) 構成案件實質問題上的判斷, 或是至少其對該判斷給予了效力, 使原告不可在將來以相同的事實、請求及訴因對同一被告再次提起訴訟。因此, 一個具此性質的判決, 對任何訴訟所產生的問題構成 “res judicata (「一事不再理原則」)”[80] 。由於此種性質的判決對原告有著重要性, 其只會用於嚴重的案件中, 當查明其具對人造成折磨的性質, 指原告不懷善意或原告於某一期間的時間裡沒有進行提起訴訟。[81]

“dismissal without prejudice (不影響實體權利的駁回起訴;可以再訴的駁回起訴)” 構成與前述相反的後果, 有關其效力方面, 並不防礙原告援引相同的事實對同一被告提起新的訴訟。即使此訴訟已於法院中止審判, 但實質問題上的爭議並不完結, 可於新的訴訟中被重申提出。此規範用於不會在訴訟錯誤中, 對被告造成損害, 就如在證人突然地不能出庭作供的情況一樣及其他等等情況。[82]

此制度包含在 “Nevada Rules of Civil Procedure” (內華達的民事訴訟規則)中 (第41條)及 “Federal Rules of Civil Procedure”(聯邦民事訴訟規則) (第41條), 下列分別為其原文:

“RULE 41. DISMISSAL OF ACTIONS

(a) Voluntary Dismissal: Effect Thereof.

(1) By Plaintiff; by Stipulation. Subject to the provisions of Rule 23(e), of Rule 66, and of any statute, an action may be dismissed by the plaintiff upon repayment of defendants' filing fees, without order of

80 “A case dismissed with prejudice is over and done with, once and for all, and can't be brought back to court”. “A civil matter which is “dismissed with prejudice” is over forever. This is a final judgement, not subject to further action, which bars the plaintiff from bringing any other lawsuit based on the claim”. “A dismissal with prejudice is dismissal of a case on merits after adjudication. The plaintiff is barred from bringing an action on the same claim. Dismissal with prejudice is a final judgment and the case becomes res judicata on the claims that were or could have been brought in it”.
根據 Schuster v Northern Co., Nº. 9099 -Supreme Court of Montana案件所述“, 可瀏覽 http://law.justia.com/cases/montana/supreme-court/1953/257-p-2d-249.html
“The term with prejudice as used in a judgment of dismissal ... is the converse of the term without prejudice, and a judgment or decree of dismissal with prejudice is as conclusive of the rights of the parties as if the suit had been prosecuted to a final adjudication adverse to the plaintiff.
“The terms with prejudice and without prejudice have been recognized as having reference to, and being determinative of, the right to bring a future action”.

81 如此確定, 存在著一些相似的制度, 有關於永久抗辯的效力, 在澳門《民事訴訟法典》第412條第3款指出, 根據此條文“三、永久抗辯導致請求被全部或部分駁回;該抗辯係指援引某些事實,妨礙、變更或消滅原告分條縷述之事實之法律效果。”, 包括了, 例如時效、支付、起訴權的失效。故此, 訴訟不可重新進行。

82 此情況下, 關乎到其效力, 此意圖與延訴抗辯有一些相似之處, 於澳門《民事訴訟法典》第412條第2款及413條作出規範, 既然有關延訴抗辯會阻礙法院去審理案件的實體問題及造成駁回起訴或移送訴訟程序到其他法院, 所以, 不會構成 “既決事項(res judicata)”, 且不會因此而防礙對同一主體, 以同一請求及訴因作出新的程序提起。

court (i) by filing a notice of dismissal at any time before service by the adverse party of an answer or of a motion for summary judgment, whichever first occurs, or (ii) by filing a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared in the action. Unless otherwise stated in the notice of dismissal or stipulation, the dismissal is without prejudice, except that a notice of dismissal operates as an adjudication upon the merits when filed by a plaintiff who has once dismissed in any court of the United States or of any state an action based on or including the same claim.

(2) By Order of Court. Except as provided in subdivision (a)(1) of this rule, an action shall not be dismissed at the plaintiff's instance save upon order of the court and upon such terms and conditions as the court deems proper. If a counterclaim has been pleaded by a defendant prior to the service upon the defendant of the plaintiff's motion to dismiss, the action shall not be dismissed against the defendant's objection unless the counterclaim can remain pending for independent adjudication by the court. Unless otherwise specified in the order, a dismissal under this paragraph is without prejudice. [As amended; effective January 1, 2005.]

(b) Involuntary Dismissal: Effect Thereof. For failure of the plaintiff to comply with these rules or any order of court, a defendant may move for dismissal of an action or of any claim against the defendant. Unless the court in its order for dismissal otherwise specifies, a dismissal under this subdivision and any dismissal not provided for in this rule, other than a dismissal for lack of jurisdiction, for improper venue, or for failure to join a party under Rule 19, operates as an adjudication upon the merits. [As amended; effective January 1, 2005.] [83]

"Rule 41. Dismissal of Actions

a) Voluntary Dismissal

(1) By the Plaintiff.

(A) Without a Court Order. Subject to Rules 23(e), 23.1(c), 23.2, and 66 and any applicable federal statute, the plaintiff may dismiss an action without a court order by filing:

(i) a notice of dismissal before the opposing party serves either an answer or a motion for summary judgment; or

(ii) a stipulation of dismissal signed by all parties who have appeared.

(B) Effect. Unless the notice or stipulation states otherwise, the dismissal is without prejudice. But if the plaintiff previously dismissed any federal- or state-court action based on or including the same claim, a notice of dismissal operates as an adjudication on the merits.

(2) By Court Order; Effect. Except as provided in Rule 41(a)(1), an action may be dismissed at the plaintiff's request only by court order, on terms that the court considers proper. If a defendant has pleaded a counterclaim before being served with the plaintiff's motion to dismiss, the action may be dismissed over the defendant's objection only if the counterclaim can remain pending for independent adjudication. Unless the order states otherwise, a dismissal under this paragraph (2) is without prejudice.

(b) Involuntary Dismissal: Effect Thereof. For failure of the plaintiff to comply with these rules or any order of court, a defendant may move for dismissal of an action or of any claim against the defendant. Unless the court in its order for dismissal otherwise specifies, a dismissal under this subdivision and any dismissal not provided for in this rule, other than a dismissal for lack of jurisdiction, for improper venue, or for failure to join a party under Rule

83 可瀏覽網址: http://www.leg.state.nv.us/courtrules/nrcp.html

19, operates as an adjudication upon the merits. [84]

在具體案件中, 內華達州的美國地方法院(United States District Cour) 於2007年8月16日作出的判決, (部分於2009年4月10日, 在美國上訴法院第九巡迴(United States Court of Appeals for the Ninth Circuit)被確認), 明確地確定 :

«It is hereby ordered that the Plaintiff's Complaint be dismissed on the merits and with prejudice. This is a final order for purposes of appeal.»

此並不包括美國上訴法院第九巡迴, 對第一審法院就有關訴訟理由不成立的判斷範圍之判決作出修改。

根據上面轉載的第41-b規則, 並對應兩個不同的法規, "dismissal with prejudice"(駁回本案,不得再向被告提起相同訴訟), 只會於缺乏審判權 、地方法院不具權限或某一當事人沒有按照"規則第19條"所指參與介入訴訟而"作為有關案情的實質裁定"的案件下將不被採用。

"dismissal without prejudice (不影響實體權利的駁回起訴;可以再訴的駁回起訴)" 承認上訴, 上級法院所作出更改的效力。在具體案件中, 不會有有關上訴法院更改判決的效力的消息, 判決會被合併, 且不容許作出確認的法院接受此判決[85]

2. 如被聲請的一方為法人, 其可受益於《民事訴訟法典》第1202條第2款?

澳門《民事訴訟法典》第1202條第2款規定以下 :

"二、如有關裁判係針對澳門居民作出, 且按照澳門之衝突規範, 應以澳門實體法解決有關問題者, 則提出爭執之依據亦得為倘適用澳門之實體法, 將會就有關訴訟產生一個對該澳門居民較有利之結果".

在葡萄牙的民事訴訟法被12月12日 (1939年《民事訴訟法典》及1961年《民事訴訟法典》)第329-A/95號法令修改前, 規定條文等同被視為 "國籍特權" , 按此適用於葡萄牙私法的規定, 如當根據葡萄牙之衝突規範其屬具管轄權限的, 則可構成對外地裁決作出確認的其中一個必需要求。

這樣, 如若裁決違反了有關規定, 裁決將不可被確認。

經由12月12日第329-A/95號法令對《民事訴訟法典》作出修定後, 此確認所需之要求對確認構成了障礙, 對利害關係人之積極性有保留 (引用 第329-A/95號法令序言)。從而, 在有關問題上不再是按其職權作出審查, 被聲請人負有主張及舉證的責任, 而被聲請人可不使用此權利。

上述的澳門《民事訴訟法典》條文規範與葡萄牙現行《民事訴訟法典》第983條第2款相對應, 該規定之草擬因應澳門的實況情況而作, 但當中所提及的國籍亦關乎到法人, 構成一個非屬確認之所需要求, 但卻對確認造成障礙, 被聲請人負有主張及舉證的責任, 使有關確認可被否決。

在此情況下, 由於第1202條的規定只提及 "澳門居民" , 因此有需要界定此條文所指之範圍及其是否包括法人。

在自然人的範疇裡, 澳門(澳門特別行政區)居民的定義為按基本法第24條之制定下列所指:

---

84 參見 : https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-vi-trials/rule-41-dismissal-of-actions/

85 為能更好地研究此問題, 可參閱此案件 - International Philanthropic Hospital Foundation D/B/a Granada Hills Community Hospital, a California Nonprofit Corporation v. the United States., 621 F.2d 402 (Fed. Cir. 1980年, 網址: http://federal-circuits.vlex.com/vid/philanthropic-granada-hills-nonprofit-38403071 ,一宗有關"dismissal With prejudice" (駁回本案,不得再向被告提起相同訴訟) 的廢止判決。

澳門特別行政區居民，簡稱澳門居民，包括永久性居民和非永久性居民。[86]

於第25條同時指出規定, 澳門居民在法律面前一律平等。

此足以使所提出司法爭執的權利被確認, 不論是永久性居民抑或非永久性居 。

因為在第1202條第2款, 並沒有提及法人, 所以我們可得出結論, 法人不享提出司法爭執的權利?

我們馬上可對此作出否定, 我完全同意裁判書指出, 澳門《民事訴訟法典》的立法者的考慮只是有關所載國籍如何搬到澳門法中使之相對應, 而並沒有談及有關在基本法所規定之澳門居民的定義, 其並無意將法人排除在有關規定範圍外。

因此, 此權利的依據必須借助參見其他條文規定, 尤其是《民法典》。

即按照澳門《民法典》第31條, “法人之屬人法即其行政管理機關之主要實際所在地法。”

另外, 附加第143條指出 “法人之住所由其章程訂定；章程無訂定者，以主要行政管理機關慣常運作地為住所。”

採用此些定義並把之與基本法所指之居民的定義相聯, 我們由此可知法 “住所” 指其主要行政管理及關慣常運作地在澳門特別行政區。

故此, 被聲請人就如裁判書的判決一樣，可受益於第1202條第2款所賦予的權利。

以及, 這麼, 待被審查有關實質問題的裁判可被審理, 為著查明是否倘適用澳門之實體法，將會就有關訴訟產生一個對其較有利之結果。

然而, 由於此一權利取決於有關 “居民” 的資格所作的主張及舉證 (於上文及裁判書所展述的規定), 在此缺乏的情況下, 終審法院只能否決受理上訴並維持中級法院的判決。

澳門特別行政區

2016年1月

86 有關資料亦可參見第8/1999號法律, 刊登日期12月20日。

立法評論

澳門特區"移交逃犯"制度簡評

Ilda Cristina Ferreira1*

概要

I. 引言 II.澳門法律政治地位的簡介III.澳門法律制度的主要特點 IV. 澳門刑事司法互助制度的根本內容V. "移交逃犯"制度的根本內容VI. 通知中央政府之制度 VII.總結。

I. 引言

本文簡要介紹在《澳門刑事司法互助法》中訂立的"移交逃犯"制度。該制度與 "引渡"制度相似，根據類似於"引渡"的規定，可向其他國家或地區提供或請求刑事司法互助（引渡或起訴的義務aut dedere aut iudicare）。

引渡作為一項在國際公法中訂立的制度，傳統意義上僅在主權國家可適用，而澳門特別行政區作為中國人民共和國不可分割的一部分，儘管擁有極高的自治權，仍需適用一項可與其他法域進行司法合作的制度，並使得該制度與澳門的法律政治特色融洽一致。

本文的目的是介紹基本原則以及規範澳門刑事司法合作的主要法規和法定程序，以"移交逃犯"制度作為分析重點，但不會過於細緻深入地分析。

II.澳門法律政治地位的簡介

根據因1993年3月31日於第八屆中華人民共和國全國人民代表大會第一次會議上在"一國兩制"的原則下作出的決定而訂立的《中華人民共和國憲法》第31條及第62條第13款規定，以及於1987年4月13日中華人民共和國政府和葡萄牙政府簽署的有關澳門問題的《聯合聲明》2， 澳門於1999年12月20日回歸中華人民共和國。

從當日起，澳門不再屬葡萄牙管轄，作為"澳門特別行政區"，成為中國不可分割的一部分，同時《

1 本文完整地轉錄了作者載於José Pina Delgado作出統籌，並以引渡為主題的特刊中之文章。作者曾擔任澳門特別行政區國際法事務辦公室之法律專家。本文僅代表作者本人之意見，所表達之觀點不得歸咎於任何人士或實體。本文曾於《佛得角與葡語系國家之引渡爭議問題 – 國籍、刑罰適用及有關制度》中刊登，統籌：José Pina Delgado、Jorge Carlos Fonseca及Liriam Tijuco Delgado，出版：法律及公正基金會、法學及社會高等學院，普拉亞，2009年，第269至293頁。

2 《聯合聲明》是兩個主權國之間的雙邊國際條約，已根據《聯合國憲章》第一百零二條之規定作出登記。

澳門特別行政區基本法》3　4開始生效。作為憲制性法律，《基本法》具有高於澳門所有一般法律的效力5。

《基本法》規定了澳門的政治體制結構、一般原則、居民的基本權利和義務、中央當局與澳門特區的關係，在經濟、文化、社會事務以及對外事務方面作出相應規定，並對《基本法》本身作出闡釋和修訂。

澳門特區擁有高度自治權，享有獨立的行政、立法及司法權力，包括終審權（《基本法》第2條）6。此外，遵循“一國兩制”原則，之前的經濟和社會制度，以及相應的生活方式（modus　vivendi）在50年7內保持不變（《基本法》第5條）。

澳門特區繼續行使其獨特且獨立的財政、貨幣及稅收制度（《基本法》第104、106、107及109條），繼續發行當地使用的貨幣（《基本法》第109條）　，繼續作為自由港和獨立的關稅地區存在（《基本法》第110條至112條），　繼續進行獨立的邊界管控（《基本法》第139條），實行適合當地的經濟、社會和文化政策，在下文也會提到澳門享有的其他權利。

事實上，根據《基本法》第13、14條規定，澳門特區僅在對外事務8和防務方面不具備自治權，由中央政府負責管理—這是一個國家行使其主權的必然結果。

然而，在特定的情況中，澳門特區可作為主體簽訂國際協議（《基本法》第13條第3段以及第136條），這取決於相應協議的性質和標的，即並非僅主權國家可簽署該類協議，協議的標的屬中央人民政府授權澳門特區依照《基本法》可自行處理的對外事務範圍之內（《基本法》第13條）　。因此，儘管澳門特區不具有主權地位，但可以“中國澳門”的名稱簽署國際協議，主要涉及到經濟、貿易、金融、海上運輸、傳媒、旅遊、文化、科學、技術和體育領域（《基本法》第136條及第138條第2款最後部分）。 9

澳門特區還可參與特定的國際組織、在國外成立官方或半官方的經貿使團以及簽發護照或其他旅遊證件（《基本法》第137、139及141條）。

總而言之，上述內容是澳門獨有的法律政治地位的特征10，實質上是有關自治地區的國際秩序中

3　1993年3月31日第八屆全國人民代表大會第一次會議通過。

4　《基本法》的淵源既有國際法——《聯合聲明》，也有國內法——《中華人民共和國憲法》及其他國內法律。

5　參見Jorge Oliveira《基本法下的澳門法制》（O ordenamento jurídico de Macau no contexto da Lei Básica）（1991年11月13日至20日澳門律師公會舉辦的座談會文章），p. 3； Eduardo Cabrita，《澳門特區自治權在國際和憲法層面受到的限制》(Limites de natureza internacional e constitucional à autonomia da R.A.E.M.)， p. 177； Yash Gai, 《主權移交和香港及澳門的民主化》（A transferência de soberania e a democratização de Hong Kong e Macau），p. 239； Francisco Gonçalves Pereira，《基本法：協約模式和憲制規範》，（Lei Básica: o modelo convencional e a prática constituinte），p. 248；《澳門法律雜誌》（Revista Jurídica de Macau）1999以及Fong Man Chong，《基本法在生效初期的某些方面II—對在澳門適用國際法的反思》（Alguns aspectos em torno da vigência da Lei Básica na fase inicial (II) – reflexões sobre a aplicação do Direito internacional na RAEM），行政雜誌（Revista Administração），第62期，第十六卷， 2003，p. 1262。

6　參見《基本法》第3、11、12、19及21條規定。

7　這也是《聯合聲明》的有效期，將於2049年12月19日到期。

8　中華人民共和國締結的國際協議，中央人民政府可根據情況和澳門特別行政區的需要，在徵詢澳門特別行政區政府的意見後，決定是否適用於澳門特別行政區（《基本法》第138條第1款。 即使中華人民共和國未參加的國際協議，也可在澳門特區適用，但澳門須為此承擔相應的國際責任（參見《基本法》第138條第2款第一部分）。

9　Filipa Delgado，《有關澳門特區國際法律地位的一些註解》（Algumas notas sobre o estatuto jurídico internacional da RAEM），《澳門法律彙編》，澳門大學法學院，2007，P.105。

10　mutatis mutandis（經必要修改后）可成為香港特區的特征。

的非典型情況11，這是因為澳門在被授予高度自治權的同時，也被賦予了僅國家才享有的一整套權利，這就在國際秩序及國內秩序中——在國與國之間、其他國家或地區與澳門特區之間以及區域之間（即中華人民共和國、香港和澳門）的關係中，構成一種“自成一格”（sui generis）的模式。12

III.澳門特區法制的主要特點

澳門特區的主要原則遵循“一國兩制”的原則和《聯合聲明》規定的原則——自治原則和連續原則。在《基本法》第5條中體現出主要原則，規定在澳門不適用社會主義制度和政策，並在五十年內保持之前的經濟社會制度以及生活方式不變，這其中包括之前實施的規範性法制。該些原則透過立法者在《基本法》第8條明確規定的“澳門法制連續性”原則得以清晰體現。

這兩大原則（自治原則和連續性原則），作為澳門特區憲制性法律的支柱，在基本法律的其他規 定中亦明確表明，我們在上文中已提到這一點。

《基本法》第八條規定：澳門原有的法律、法令、行政法規和其他規範性文件，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者外，予以保留。13 該原則之訂立理據（ratio ）在於基於明確性和法律保障，保證澳門法制的連續性。14

大部分學說在廣義層面詮釋了該項原則，15 亦即，在對《基本法》第八條規定和其他條文（參見序言、第4條、第11條第1款、第18條第1款以及第145條）以及《聯合聲明》進行了目的性的系統閱讀之後，可認識到這一原則不僅僅旨在保留除與《基本法》相抵觸之外的法律（在形式層面），亦希望保留由一般價值和原則（比如基本權利）16構成的法制規範的根基（在實質層面），此方面的內容不得被忽視，否則澳門將喪失其法律規範的特性。17

作為澳門特區自治原則的必然結果，亦訂立了另一基本原則，即“不適用中華人民共和國的國家

11 Marco Olivetti，《中華人民共和國特別行政區與自治區模式對比》（The Special Administrative Regions of the PRC in comparison with autonomous region models），於國際研討會《一個國家、兩種制度、三種法律秩序——發展前景》提交之論文，澳門，2007；Paulo Cardinal，《澳門刑事訴訟法片段——從連續性原則到人格尊嚴原則》，（Fragmentos em torno da Constituição Processual Penal de Macau – do Princípio da Continuidade ao Princípio da Dignidade Humana），於《澳門立法會法律和公民身份研討會——刑事訴訟法——現時情況和未來展望》（Primeiras Jornadas de Direito e Cidadania da Assembleia Legislativa de Macau – Direito Processual Penal – Estado presente e perspectivas de evolução）提交之論文，澳門，2007年1月，P4。

12 這指的是設有“兩個”特別行政區的“一個”中國，兩個特區實行資本主義制度，而中華人民共和國實行共產主義制度；同時，亦指“一個”中國和三個有著不同法制的法域：社會主義法制、盎格魯—撒克遜法制和羅馬—日耳曼法制。

13 在一般法律中再次強調該原則，參見12月20日第1/1999號法律《回歸法》第3條第1款。

14 Jorge Costa Oliveira，《澳門法制在未來的特別行政區基本法中的沿用》（ A Continuidade do Ordenamento Jurídico de Macau na Lei Básica da Futura Região Administrativa Especial），《行政雜誌》第 19/20期，1993，p. 22及 23。

15 António Katchi，《澳門法的淵源》（As Fontes do Direito em Macau），澳門大學及法學院高級法律研究所， 2006，p. 13-15 ；Armando Isaac， The constitutional framework for legal-cooperation between the “Two Systems” of the “One Country : The case of Macau，於“‘一國兩制’之司法互助”研討會提交之論文，香港大學法學院， 1999，p. 2-5, 13-15。

16 有關澳門基本人權的保護問題，參見Paulo Cardinal， Permanent Fundamental Rights in a Legal System in Transition – The case of Macau， 於 LAWASIA提交之論文，1997； Jorge Bacelar Gouveia， The Fundamental Rights in Macao 以及Paulo Cardinal，The Judicial Guaranteed of Fundamental Rights in the Macau Legal System – a Parcours under the focus of Continuity and of Autonomy，兩篇文章均為在“一個國家，兩種制度，三種法律秩序——發展期望”國際研討會上提交之論文，澳門 ， 2007。

17 Paulo Cardinal， 《從過渡的角度反思澳門的基本權利》（Reflexões em torno dos Direitos Fundamentais em Macau numa Perspectiva da Transição）， Daxiyangguo，第七期，2005， p. 62-63，或參見第10註解同一作者作品P9，或第10註解中Olivetti的 作品。

法律，在《基本法》附件三中列明的法律除外”　18。然而，中國全國人民代表大會常務委員會在咨詢了澳門特區《基本法》委員會及特區政府的意見之後，可對附件三中提到的法律進行增減（《基本法》第18條第3款）。無論在何種情況中，附件中涉及到的法律僅限於對國防和對外事務（結合《基本法》第13條和第14條）以及根據《基本法》規定未被列入澳門特區自治權範圍的事宜作出規定。19

還需著重指出澳門特區的另一一般原則，即《基本法》第4條規定的“保護基本權利原則”，這是澳門法制中必然會出現的規定，其根源是葡萄牙法律。這一原則在《基本法》第11條第1款中再次得到認可，其中規定了 “保障澳門居民基本權利和基本自由的制度”。

《基本法》在第三章節中專門談及到基本權利，並在第40條中規定《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，通過澳門特區的法律予以實施。澳門居民享有的權利和自由，除依法規定外不得受到限制，此種限制不得與上述國際公約的規定相抵觸。

以澳門特區法制的連續性原則以及歷史政治秩序20作為前提條件，　澳門特區的法制顯現出羅馬-日耳曼法系（大陸法或民法）的一系列特征。葡萄牙法律（以羅馬法為基礎）是澳門法制的根源，澳門特區法的直接淵源為成文法（《澳門民法典》第1條），21　大部分法律由五大法典規定22，明確區分私法和公法（以及相應的法律分支）。

澳門法制的基礎是在《澳門政府公報》上公佈法律的原則（12月20日第3/1999號法律《澳門民法典》第4條）。由中華人民共和國核准通過的國際條約或有關澳門特區可自主處理的對外事宜，均需在公報上公佈以在內部秩序中生效；23一旦於公報上公佈，立即自動歸入澳門特區法律秩序中。

國際法和域內法共同構成澳門的法律秩序，在同一事宜方面同時起作用，24　這是一元論制度的特征。在適用於澳門的國際協約和普通法律可能產生的衝突方面，優先考慮前者（國際協約優於普通法律）（《民法典》第3條第1款）。25

法源之位階亦遵循民法傳統，憲制性法律處於首要位置，其次是國際公約法，最後是一般法律。

18　在澳門特區實施的全國性法律：《關於中華人民共和國國都、紀年、國歌和國旗的決議》 、《關於中華人民共和國國慶日的決議》、《中華人民共和國國籍法》、《中華人民共和國外交特權與豁免條例》、《中華人民共和國領事特權與豁免條例》、《中華人民共和國國旗法》、《中華人民共和國國徽法》、《中華人民共和國領海及毗連區法》、《中華人民共和國專屬經濟區和大陸架法》、《中華人民共和國澳門特別行政區駐軍法》以及《中華人民共和國外國中央銀行財產司法強制措施豁免法》。

19　參見《基本法》第18條第4款。 在全國人民代表大會常務委員會決定宣佈戰爭狀態，或因澳門特區內發生澳門特區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定澳門特區進入緊急狀態時，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在澳門特區實施。

20　澳門曾在四百年間作為殖民地被葡萄牙統治，之後於1987年至1999年12月19日間作為中國領土繼續由葡萄牙統管。

21　Paula Correia，《澳門的法制：從比較法的角度分析》（O Sistema Jurídico de Macau: Uma Perspectiva de Direito Comparado），《澳門法律彙編》（Repertório do Direito de Macau），澳門大學法學院， 2007， p. 29 及其續后；Eduardo Nascimento Cabrita， International and Constitutional Limitations on the Autonomy of the Macao Special Administrative Region，The Basic Laws: Problems and Perspectives， Macao Law Journal（《澳門法律雜誌》）， 2002，p.190。

22　《民法典》、《刑法典》、《商法典》、《民事訴訟法典》以及《刑事訴訟法典》。

23　適用於澳門特區的國際公約和協議的公佈是其在澳門特區產生法律效力的條件，應遵守12月20日第3/1999號法律《法規的公佈與格式法》的相關規定（參見第3條第6款，第5條第1、2款）。

24　Patrícia Ferreira，《有關在澳門特別行政區適用國際法的一些問題》（Algumas Questões acerca da Aplicação do Direito Internacional na Região Administrativa Especial de Macau），澳門法律草擬課程，法律及司法培訓中心， 2002，p. 18、 19。

25　Cristina Ferreira， The Macau Special Administrative Region Legal System – is EU Law a source of inspiration for the Macau Lawmaker?， p. 6-12，即將刊登於《The Legal System of Macau and its European Roots》，澳門大學， Jorge Godinho (Ed.) 以及第14註解引用之作品， P 447。

習慣和司法見解是法的直接淵源。26

在司法組織方面，27 設立了三大審級：初級法院、中級法院以及終審法院，終審法院具有終審權。28 澳門特區的各大法院對國家行動不具有管轄權，比如有關國防及對外關係之事宜。29

IV.澳門特區刑事司法互助制度的根本內容

考慮到澳門特區的情況，其刑事司法互助制度是一項全新、複雜且在政治上微妙的制度。該制度以多種性質的法規為基礎：憲制性法規、國際法、一般法律以及特殊程序法。

首先是憲制性法規。《基本法》第94條規定：在中央政府協助和授權下，澳門特別行政區可與外國就司法互助關係作出適當安排。這就意味著澳門可在刑事司法互助領域與其他國家或地區簽署雙邊協議，但前提條件是必須獲得中央人民政府的同意。30 該條件因澳門的法律政治地位而生成，在規範澳門特區與其他國家或區域的刑事司法互助的法律中被著重指出。31

其次是國際公約法。國際公約優先原則是澳門法制的一般原則，在司法互助領域有明確的規定。32 因此，在澳門特區適用的所有國際公約和協議， 無論是澳門作為國際法主體的情況，還是因在中華人民共和國適用所以在澳門特區同樣適用的情況，33 國際公約在內部秩序中被優先考慮。因而可得出，有關刑事司法互助的所有國際法規定均優於其他法的規定，並規範澳門特區與相關國家或地區的關係。

澳門與其他國家或地區簽署的司法互助國際公約，或是與國內其他地區的司法機構（中國大陸或香港）簽署的司法互助雙邊協議，34 35 應在《澳門特區公報》上公佈，方可在澳門特區內部秩序中產生效力。36

再次是一般法律。於2006年11月生效的7月24日第6/2006號法律《刑事司法互助法》，初步看（prima facie）是在這一規範框架中的補充性法律。37 在該法未作出規定的方面，補充適用刑事訴訟法。

《刑事訴訟法典》在某些方面的欠缺，比如請求書以及國際公約法優先原則，透過《刑事司法互

---

26 第20註解引用之作品，P33。

27 參見《基本法》第82至94條以及《澳門司法組織綱要法》（12月20日第9/1999號法律）。

28 參見《基本法》第2、19條及第84條第1款。法院可解釋《基本法》（《基本法》第143條第3款）。

29 《基本法》第19條第3款。

30 到目前為止，澳門已與葡萄牙政府和香港特別行政區政府，分別於1999年12月7日和2005年5月25日簽署了移交被判刑人協議。

31 《刑事司法互助法》第1條。

32 《刑事司法互助法》第4條及《刑事訴訟程序法》第213條再次提到該原則。

33 比如，透過刊登於9月8日第36期第二組《澳門特別行政區公報》第36/2004號行政長官公告公佈的《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》（《巴勒莫公約》）；透過刊登於2月21日第7期第二組《澳門特別行政區公報》第5/2006號行政長官公告公佈的《聯合國反貪污公約》（《梅里達公約》）。

34 參見《基本法》第93條。

35 Jorge Costa de Oliveira， Inter-regional Mutual Legal Assistance in criminal matters within the P.R.of China，於“一個國家、兩種制度、三種法律秩序——發展期望”研討會上提交之論文，澳門，2007。

36 參見第3/1999號法律第5條第2、3款。由行政長官負責命令作出公告（同一法律第6條）。

37 2006年7月24日第30期第一組《澳門特別行政區公報》。

助法》得到彌補。38

基於構成澳門法制的一般價值及原則39並參照規範該方面事宜的當代法規，《司法刑事互助法》反應出一種人文主義觀念。40同其它法制一樣，《刑事司法互助法》就澳門與其他法域（國家或地區）的刑事司法互助作出規範，包括移交逃犯、移管刑事訴訟、執行刑事判決、移交被判刑人、監管附條件被判刑或附條件被釋放的人以及其他刑事司法合作。41

在適用《刑事司法互助法》時，須保障中華人民共和國的國防、外交、國家主權、安全或公共秩序，以及澳門法律體系內所確立的澳門的安全利益、公共秩序和其他利益（《刑事司法互助法》第2條第1款）。除該些條件之外，該部法律所指的任一刑事司法互助請求須根據3月4日第3/2002號法律的規定履行向中央人民政府通報的程序（第2條第2款）。

司法互助應遵循法源之位階，考慮到憲制性規定，優先適用國際公約法，亦即可能存在的有關事宜的雙邊協議或多邊協議；若未簽署該些協議，則補充適用第6/2006號法律（《刑事司法互助法》），最後補充適用《刑事訴訟程序法典》。

《刑事司法互助法》對所有合作方式作出一般規定，並對每一種合作方式，尤其在“移交逃犯”方面，作出特殊規定。該法囊括了在國際刑事互助方面得到國際認可的一般基本原則，比如之前提到的國際協約優先原則（第4條）、互惠原則（第5條）42、特定性規則（第17條）43 以及一事不再理原則（non bis in idem ）（第20條）。

《刑事司法互助法》的特殊之處在於其第6條規定的“雙重處罰原則”。根據這一適用於所有合作形式的原則，只要提出合作請求的理由，即相關的違法行為在請求方和被請求方的法律中均可受到刑事處分，則可進行司法合作，因而，這一原則較雙重歸罪原則而言具有更為廣泛的意義。任一刑罰、剝奪自由的保安處分、財產處分或其他包括附加處罰在內的監禁性質的處罰，均被視為刑事處分。44 即使請求方和被請求方對某一特定行為作出不同的刑事處分，雙方仍有可能進行合作，比如，在一法域被視為犯罪的行為在另一法域卻被視為行政違法行為（經濟性質的違法行為就是一典例）。45

---

38 《刑事訴訟法典》第213條（國際協約及協定之優先）、第214條（請求書）、第215條（請求書之接受及遵行）、第216條（請求書之拒絕遵行）以及第217條（不法分子之移交）。

39 在此指尊重人格尊嚴原則。Leonor Assunção，O modelo estrutural do processo penal de Macau – princípios que o fundamentam（《澳門刑事訴訟法的結構模式——根本原則》），Repertório de Direito de Macau（《澳門法律彙編》），2007，p.279。

40 正如《刑事司法互助法》理由陳述部分所述，立法者受到在現行的多項國際協議中訂立的原則和規定的啟發，確保國際公約在澳門特區的適用，比如在現代刑事政策的原則方面，旨在有效實施刑事法以及幫助行為人重返社會。立法者以葡萄牙8月31日第144/99號法律作為主要的法之淵源。參見www.al.gov.mo。

41 第一條。

42 《基本法》第94條規定的原則。在下列情況中，即使不存在互惠待遇，亦可滿足有關的刑事司法互助請求： 1)基於有關事實的性質，或打擊某些形式的嚴重犯罪（包括非法走私毒品、有組織犯罪、恐怖主義、人口販賣）的需要，宜提供該刑事司法互助； 2) 提供刑事司法互助有助於改善嫌犯或被判刑人的狀況或有助於被判刑人重返社會； 3)提供刑事司法互助有利於查清歸責於某一澳門居民的事實（人員通則或拘留標準）。

43 可通過不同於提出刑事司法互助請求所依據的事實來請求司法合作，根據《刑事司法互助法》的相關規定提出並審理新的請求。在此情況中，須呈交載有受惠於特定性規則之人的聲明的卷宗。《刑事司法互助法》第18條規定了不適用特定性規則的其他特別情況，主要是受惠於特定性規則的人放棄豁免權或適用於澳門的國際公約並無因特定性規則而可獲益的相關規定的情況。因特定性規則而受惠的人放棄豁免權而導致該權利終止時，須由受委託律師協助，或未委託律師時由指定辯護人協助，向法官作出放棄豁免權的個人聲明，並表明其在自願及完全知悉此行為後果的情況下作出該聲明。該聲明應向中級法院作出。

44 《刑事司法互助法》第3條。

45 結合《刑事司法互助法》第148條。參見澳門立法會第一常務委員會就《刑事司法互助法》提案作出之第2/III/2006號意見書 (www.al.gov.mo)。

如有關事實在澳門不受處罰，但刑事司法互助請求的目的為證明是否存有阻卻事實的不法性或阻卻被追訴人的罪過的事由，則可接納該刑事司法互助請求（第6條第2款）。

除一般原則之外，若存在其他一般情況則拒絕刑事司法互助請求，比如有關移交逃犯的請求，在以下情況中予以拒絕：

-有關程序不能滿足或符合適用於澳門的國際協約的要求（第7條第1款第1項）；

- 有充分理由相信請求刑事司法互助的目的是因某人的國籍、血統、種族、性別、語言、宗教、政治信仰、意識形態、教育程度、經濟狀況、社會條件或因屬某一社群而慾對其予以迫害或處罰（第7條第1款第2項）；

-有可能由於上項所指任一原因而使某人的訴訟狀況惡化（第3項）；

-有關請求可導致由一特別法庭進行審判，或有關請求涉及執行屬此性質的法庭所作的判決（第4項）；

-對有關請求所涉及的事實可處以能對身體完整性造成不可復原的損害的刑罰（第5項）；

-對有關請求所涉及的事實可判處永久性或不確定期間的剝奪自由的刑罰或保安處分（第6項）；

- 對有關請求所涉及的事實可判處死刑（第7項）。

在另三項中列出即使符合上述第五至第七項的規定仍可提供司法刑事互助的情況，包括請求方保證不會判處或執行上述第五至第七項所指的刑罰或保安處分。46為審議相關保證是否足夠，應按照請求方的法律及其實踐，著重考慮其不判處刑罰或保安處分、重新審核有關人員狀況、給予附條件釋放等方面的可能性，以及採取特赦、赦免及減刑或同類措施方面的可能性。47

若涉及到軍事犯罪、政治犯罪或輕微犯罪，將拒絕提供移交逃犯的刑事司法互助的請求。《刑事司法互助法》第8條規定，若基於澳門特區的法律理念，違法行為屬政治性質或與政治違法行為有牽連（第1項第1款），或屬軍事犯罪且對該犯罪未同時在普通刑事法律中作規定（第1項第2款），則拒絕刑事司法互助請求。

同有關引渡的制度一樣，一些尤其嚴重的犯罪不被視為政治犯罪，例如： 1) 種族滅絕、違反人道罪、戰爭罪以及一九四九年《日內瓦公約》規定的嚴重違法行為； 2) 聯合國大會於1984年12月17日通過的《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的處罰或待遇公約》所指的行為； 3) 根據適用於澳門的國際公約不應視為有政治性質的其他犯罪（第8條第2款）。

V.“移交逃犯”制度的根本內容

在上文列出刑事司法互助請求的一般條件之後，現在我們來專門分析移交逃犯請求的接受條

46 當執行死刑或無期徒刑之時適用禁止移交逃犯原則，在澳門特區的刑事法制中未就死刑或無期徒刑作出規定。《澳門刑法典》第44條第1款規定最長徒刑時間為25年。在特殊情況中，可判處30年徒刑，但在某些情況中可超過30年（《刑法典》第44條第2款）。

47 第7條第2、3款。

件。

正如上文所述，引渡制度是主權國家在國際範圍內進行合作所依照的歷史最久且最為傳統的制度。澳門是一特別行政區，享有高度的自治權和自主獨立的司法權力，訂立了適用於其本身的法制，因而，澳門可採用相關制度以使其在司法領域內與其他法域展開合作，並使得該制度與澳門的法律政治特點相配合。因此，在澳門特區的《刑事司法互助法》中訂立了“移交逃犯”制度。

該制度與引渡制度相似，根據類似於後者的規定，可向其他國家或地區請求合作（aut dedere aut iudicare“引渡或起訴義務”）。48

“移交逃犯”制度旨在 “為提起刑事訴訟程序或執行剝奪自由的刑罰或保安處分，且請求方法院對有關犯罪擁有管轄權時” ，准予移交逃犯（《刑事司法互助法》第32條第1款）。

因請求方的犯罪嫌疑人或因實施犯罪而被判刑人被發現身在被請求方境內，請求方請求移交該人，該種情況下的請求須滿足特殊條件，對有關犯罪，即使屬未遂，但按照澳門特區的法律及被請求方的法律被判處最高刑期不少於一年的剝奪自由的刑罰或保安處分（《刑事司法互助法》第32條第2款）。在該原則中明確體現出引渡制度的必然要求—雙重歸罪原則及實施的犯罪應具有一定程度的嚴重性。49 為執行剝奪自由的刑罰或保安處分而請求移交逃犯時，如尚未服完的刑期不少於六個月，則可准予移交逃犯（第32條第4款）。

為移交逃犯而訂立的雙重歸罪原則是《刑事司法互助法》中規定的雙重處罰的一般原則的特例。

在不影響《刑事司法互助法》第32條規定的准予移交逃犯的條件的情況下，在以下特殊情況中，拒絕移交逃犯：

- 有關犯罪在澳門實施（第33條第1款第1項） ，亦即，澳門特區有權限審理相關案件（屬地原則）；

- 被請求移交的人為非澳門居民的中國國民（第33條第1款第2項）（不引渡國民的一般原則，在此立法者試圖協調澳門法制中的居留概念與國籍標準）；

- 被請求移交的人為澳門居民（不引渡國民的一般原則與澳門的居留標準相配合——居民的個人地位在該人與澳門特區之間建立了一種特殊的關聯，涉及到一系列特殊的權利和義務，處於該地位者會受到特殊待遇50, 但其國籍國提出移交請求51 或移交的義務源自適用於澳門的國際協約中的自行實施條款者除外（第33條第1款第3項）。

一般而言，移交逃犯制度在基本原則方面遵循引渡制度的基本原則，因而在適用於澳門的國際協約中有關引渡的規定，在適當配合之後，可適用於《刑事司法互助法》中規定的移交逃犯制度。

在此需著重指出涉及到對在澳門以外實施的犯罪的審理權限的刑法制度。《澳門刑法典》第5條

48 Edward M.Wise， “Aut dedere aut iudicare: 引渡或起訴義務” ， M. Cherif Bassiouni (ed.), International Criminal Law (Procedural and Enforcement Mechanisms), 第二版， 1999， p.15。

49 如移交逃犯是以數個不同事實為依據，且按照請求方法律及澳門法律，對任一事實均可處以剝奪自由的刑罰或保安處分，即使其中一個或數個事實不符合上款所指條件者，亦可准予移交逃犯（第32條第3款）。

50 不同於其他形式的互助，該制度對澳門特區的永久居民和非永久居民都起到保護作用。

51 被請求移交人的澳門居民身份及國籍的認定，須由澳門當局在審查有關移交逃犯的請求時作出（第33條第4款）。

以“在澳門以外作出之事實”的標題作出如下規定：

> 澳門刑法亦適用於在澳門以外作出而屬下列情況之事實，但適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定另有規定者，不在此限：
>
> a)構成第二百五十二條至第二百六十一條及第二百九十七條至第三百零五條所指犯罪的事實；
>
> b)構成第一百五十二條第二款、第一百五十三條、第一百五十三-A條、第一百五十四條、第一百五十五條、第二百二十九條、第二百三十條及第二百三十六條所指犯罪之事實，只要行為人被發現身在澳門，且不可被移交至另一地區或國家；
>
> c)由澳門居民對非澳門居民作出之事實，或由非澳門居民對澳門居民作出之事實，只要：1) 行為人被發現身在澳門；2） 該等事實亦可為作出事實之地之法例所處罰，但該地不行使處罰權； 3) 構成容許將行為人移交之犯罪，而該移交為不可准予者，或
>
> d) 由澳門居民對澳門居民作出之事實，只要行為人被發現身在澳門。
>
> 2.如審判在澳門以外作出之事實之義務，係源自適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定，則澳門刑法亦適用於該等事實。

在單行刑事法規中規定了域外權限，例如4月10日第3/2006號法律——預防及遏制恐怖主義犯罪，其中規定在澳門特區以外實施的國際恐怖主義犯罪及資助恐怖主義犯罪，只要犯罪行為人被發現身在澳門特區，則澳門特區有權限對其進行審判（第3條）。52

就實體法而言，移交逃犯程序包括行政及司法兩個階段。53在行政階段，有關權限屬行政長官，由行政長官審查移交逃犯的請求，以便其基於政治或適時性、適宜性方面的理由，特別是考慮到已獲取的請求方的保證，就繼續處理該請求或宣告不接納該請求作出決定。在司法階段，有關權限屬中級法院，由中級法院在聽取利害關係人的陳述後，審查移交逃犯所需符合的形式及實質上的條件是否成立，以便作出是否准予移交逃犯的決定；在審查中，不得就歸責於被請求移交人的事實調查相關的證據。

在實際中，因為刑事司法互助制度是一項新訂立的制度，還未有資料涉及到移交逃犯的請求，也未簽署該方面的雙邊協議。唯一存在的有關司法見解是終審法院審理的與中國內地刑事司法互助以移交逃犯的人身保護令案（3月20日第12/2007號合議庭裁判）。54鑒於由特殊法律規範向澳門特區之外的當局（包括中國內地當局）移交逃犯的事宜（《刑事訴訟法典》第217條），並且目前還未訂立任何有關中國內地和澳門特區之間移交逃犯的規定或區域間協議，終審法院批准了上述請求。55 根據相關規定，終審法院（遵循合法性原則）認為澳門特區的公共當局（檢察院、司法警察等）不得進行拘留並將被拘留者移送中國內地當局，即使國際刑事警察組織對該人下發了逮捕令，亦然。

---

52 該特殊情況同樣適用於國際人口販賣罪，參見立法會有關人口販賣罪的提案 (www.al.gov.mo)。

53 《刑事司法互助法》第48條。

54 參見2月12日第3/2008號合議庭決議。

55 參見《基本法》第93條。

VI.向中央人民政府作出通報之制度

正如上文所述，任一司法互助請求應遵循特定的程序，尤其是“事先向中央人民政府通報之程序” 56。因此，為使得司法請求獲得批准，向中央人民政府咨詢意見是必要條件（sine qua non ）。

第3/2002 號法律對司法互助請求的通報作出規範57。其中第2條規定澳門特區有權限當局在接到有關請求時58， 比如“移交逃犯及過境請求”，應依照適用的法規、雙邊協議或多邊條約，向中央人民政府通報。在此方面，澳門當局須初步認定該請求是否可行。

作為澳門特區對中央人民政府負責的最高代表及領導，澳門特區行政長官負責向中央人民政府作出通報（第3/2002號法律第3條）。

通報應以書面形式作出，並應包括以下內容：

-有關請求書及其附件的副本（第7條第1款第1項） ；

-請求協助的事項和有關重要事實摘要，包括請求單位和被請求單位的名稱、當事人姓名和其他身份辨別資料以及案件概要（第7條第1款第2項）；

-屬澳門特區處理外地當局提出的請求時，通報中應說明同意該請求的意見和理由（第7條第1款第3項）；

-屬外地當局提出移交逃犯及過境請求事宜，視乎情況，還應通報予以移交的物品及過境請求中的過境日期（第7條第1款第4項）；

-澳門特區有權限當局向外地當局提出移交逃犯及過境請求事宜時，應通報過境請求所涉及的國家或地區、時間以及路線（第7條第1款第5項）。

在原則上，可將向中央人民政府通報義務僅視為一項形式，然而，不僅僅如此，在某些特定的情況中，中央人民政府還可發出指令。在第4條第1款中規定， 中央人民政府基於“國防、外交關係、主權、國家安全或公共秩序” 59， 亦即當涉及到國家利益和完整性時，中央人民政府可對接受某項司法互助請求（比如移交逃犯的請求）發出指令。中央人民政府書面知會行政長官，行政長官根據相關內容對澳門特區有權限當局作出批示60（同條第2款）。

若在15天期限內61 ，行政長官未收到中央人民政府的書面知會，應將此事通知澳門特區有權限當局，在收到通知后，有權限當局自行依法處理有關移交逃犯的司法互助請求（第5條），亦即，有關請求遵循《刑事司法互助法》中訂立的一般程序。

---

56 該要件的背後正是《基本法》第94條規定為獲得司法互助而簽訂的協約須得到中央人民政府的協助和授權的理據。

57 澳門特區3月4日第9/2002號第一組《公報》。

58 澳門特區有權限當局認為由澳門特區司法及行政部門根據在澳門適用的法規、雙邊協議或多邊條約，對司法互助的請求進行審查。例如，在《巴勒莫公約》中，行政法務司作為有權限當局將向當地有權限當局傳送相關程序。

59 與《基本法》第13、14及18條接合。

60 就第四條行政長官所作批示不得提起異議，亦不得就有權限當局根據該批示所作決定提起上訴（第8條）。

61 刊登于3月5日第九期第一組《澳門特別行政區公報》第19/2002號行政長官通告。

VII. 總結

1) 引渡制度是主權國家之間進行合作所依據的歷史最久且最為傳統的制度；

2) 在有關自治區域的國際秩序中，澳門享有實質方面非典型的法律政治地位，因此在被授予高度自治權的同時，亦被賦予一個國家所擁有的一系列典型權利。這在國際秩序和國內秩序中——國與國之間、澳門與其他國家或地區之間以及區域之間（中國內地、香港及澳門），均構成一種自成一格（sui generis）的模式；

3) 澳門被授予的法律政治地位，主要包括獨立自主的司法權、繼續適用（澳門回歸之前的）法律制度以及適當的對外事務自主處理權，因而，在中央人民政府協助和授權的情況下，澳門可簽署非僅主權國家可簽署的國際協約，比如簽署有關刑事司法互助的條約（《基本法》第94條）；

4) 澳門基於不同性質的法規以及特殊程序規定，訂立了《刑事司法互助法》；在澳門法制的一塊複雜、敏感並且缺少規範的區域，《刑事司法互助法》填補了其中的空缺；

5) 優先適用國際公約的原則是澳門法制的一般原則，在國際司法互助的有關規定中明確體現出該原則；

6) 鑒於澳門特區屬非主權國家，應在澳門訂立一類似於引渡的制度，以便向其他國家或地區提供或請求互助——引渡或起訴義務（aut dedere aut iudicare）；

7) 《刑事司法互助法》建立了一附有澳門特區法律政治特性的模式——移交逃犯的制度，採用了在刑事及引渡領域進行司法互助方面獲得國際認可的一般基本原則 ；

8) 在澳門特區適用的國際公約所涉及到的有關引渡的規定，經適當配合后，可在遵守《刑事司法互助法》規定的制度的情況下，適用於“移交逃犯”制度；

9) 移交逃犯制度遵循建立了一套連貫的法律原則和程序的法源之位階，其中有國際規定（如互惠原則）、創新性規定（如雙重歸罪原則）或澳門法律政治背景下的特殊規定（比如向中央人民政府通報的原則）。

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，無私奉獻，精益求精
www.ruicunha.org

ISSN 2307-9312
9 772307 931004