

Os Contratos de Jogo e Aposta e o Crédito para Jogo nos Casinos da Região Administrativa Especial de Macau: Contributo para a Resolução da Questão do “Walking” e para a Admissibilidade da Negative Pledge e da Equitable Lien Norte-Americanas.

*Hugo Luz dos Santos**

I. Descrição do regime jurídico dos contratos de jogo e aposta no Código Civil de Macau de 1999.

O Código Civil de Macau^{1/2} prevê, no domínio do Direito das Obrigações e dos contratos em especial, o império da autonomia privada³ que, por sua vez, rege o princípio da liberdade contratual⁴.

* Magistrado do Ministério Público de Portugal

¹ O Código Civil de Macau de 1999 sucedeu ao Código Civil de 1966, que era o Código Civil Português de 1966, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, estendido a Macau, porteiramente Região Administrativa Especial de Macau, pela Portaria n.º 22 869, de 4 de Setembro de 1967, publicada no BOM, n.º 46 (2.º Suplemento), de 23 de Novembro de 1967.

² Neste sentido, MANUEL MARCELINO ESCOVAR TRIGO, “Dos contratos em especial e do jogo e aposta no Código Civil de Macau”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume III, Vária, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), p. 346, que seguiremos de muito perto.

³ Como bem nota a doutrina macaense “*é oportuno recordar que a autonomia privada, com o reconhecimento da liberdade contratual e da propriedade privada, constitui um elemento estruturante da Região Administrativa Especial de Macau, a partir do princípio “um país, dois sistemas” e da manutenção do sistema capitalista, que assenta nesses dois pilares, o da protecção das liberdades dos residentes e da liberdade contratual e o do enquadramento da protecção privada entre os princípios estruturantes da Região Administrativa Especial de Macau, nos artigos 4.º, 5.º, 6.º, 6, 24.º e ss e 103.º e ss da Lei Básica de Macau*”; Ver MANUEL MARCELINO ESCOVAR TRIGO, “O Direito Civil de Macau”, in *Perspectivas do Direito*, Volume II, Macau, China, (1997), pp. 175 e ss.

⁴ Neste sentido, JOÃO PAULO ROCHA, “Direito das Obrigações — Noções Gerais e Fontes, Repertório do Direito de Macau”, in *Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, Macau, China, (2007), p. 397-402.

O princípio da liberdade contratual compreende a liberdade de contratar ou não contratar e a liberdade de fixação do conteúdo dos contratos, dentro dos limites da lei, prevendo-se a liberdade das partes de celebrar contratos previstos na lei, ou de incluir neles as cláusulas que lhes aprouver, nos termos do art.º 399.º, n.º 1, do Código Civil de Macau e, ainda, nos termos do art.º 399.º, n.º 2, do Código Civil de Macau, a possibilidade de reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei⁵. É, neste âmbito temático, pois, que avulta a supina importância dos contratos atípicos⁶.

Por seu turno, os contratos expressamente previstos e regulados na lei são usualmente designados contratos típicos. No Código Civil de Macau, encontram-se expressamente previstos, como contratos típicos, entre muitos outros, o contrato de compra e venda (art.º 865 e ss), e, para o que aqui interessa, o contrato de jogo ou aposta (art.º 1172.º) e todos os demais regulados no Título II, Dos contratos em especial, do Livro II, Direito das Obrigações, do Código Civil de Macau.

O contrato de jogo (gaming) e o contrato de aposta (betting) são contratos aleatórios^{7/8/9/10}, ou seja, são contratos que se caracterizam pelo risco ou possibilidade de perder ou ganhar para ambas as partes¹¹.

⁵ Ver MANUEL MARCELINO ESCOVAR TRIGO, “Dos contratos em especial e do jogo e aposta no Código Civil de Macau”, *cit.*, p. 347.

⁶ Nunca esquecendo que “os contratos atípicos, tal como os típicos, não dispensam um “juízo de mérito” nos quadros do sistema”; CATARINA MONTEIRO PIRES, “Entre um modelo corretivo e um modelo informacional no direito bancário e financeiro”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Outubro/Dezembro 2013, Cejur, Braga, (2014), pp. 7.

⁷ Neste sentido, JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, (BFDUM)*, Macau, China, (2007), pp. 93.

⁸ Ver também, no mesmo sentido da nota anterior, JORGE GODINHO, “Credit for gaming in Macau”, in *Gaming Law Review and Economics*, Volume 10, n.º 4, (2006), pp. 363 e ss.

⁹ Ver PAULO MOTA PINTO, “Contrato de swap de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 144.º, n.º 3988, Setembro-Outubro 2014, Coimbra, Coimbra Editora, (2014), pp. 14.

¹⁰ Ver JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Swap de taxa de juro, sua legalidade e autonomia e inaplicabilidade da exceção do jogo e aposta”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 142.º, n.º 3979, Março-Abril 2013, Coimbra, Coimbra Editora, (2013), pp. 264.

¹¹ Ver MARIA CLARA CALHEIROS, “O contrato de swap no contexto da actual crise financeira global”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, Cejur, Braga, (2013), pp. 7.

Em Portugal, o jogo e a aposta são inválidos e não constituem fonte de obrigações civis nem de obrigações naturais (art.º 1245.º, 1ª parte, do Código Civil de Portugal). Em Macau que o jogo e a aposta dão lugar a obrigações civis sempre que lei especial o preceture (art.º 1171.º, n.º 1, Código Civil de Macau)¹².

Diferentemente, o jogo e a aposta lícitos (que dependem da sorte e da perícia do jogador) constituem fonte de obrigações naturais (art.º 1171.º, 2ª parte do Código Civil de Macau), isto é obrigações que não podem ser executadas judicialmente¹³, mas que permitem que os pagamentos realizados espontaneamente, sejam considerados como válidos e não sejam restituídos (repetidos)¹⁴.

O Código Civil de Macau não distingue o jogo e a aposta lícitos e ilícitos. São lícitos quando dependem da sorte e da perícia do jogador. São ilícitos quando dependem exclusivamente da sorte.

Contudo, e como bem afirma autorizada doutrina¹⁵, ao contrário do que sucede com os restantes contratos típicos previstos no Código Civil de Macau, a lei, intencionalmente, não densifica a noção dogmática de “jogo” e “aposta”.

É neste quadrante temático que se impõe uma digressão pelo direito comparado, com o intuito de encontrar uma noção dogmaticamente segura e operativa de “jogo” e “aposta”.

¹² Ver JORGE GODINHO, “The Regulation of gaming and betting contracts in 1999 Macau Civil Code”, in *Gaming Law Review and Economics*, Volume 11, n.º 3, (2007), pp. 572 e ss.

¹³ Como bem refere a doutrina “*as obrigações naturais, sejam ou não jurídicas, serão, ainda, obrigações, isto é: relações específicas entre duas pessoas, pelas quais (logicamente) uma delas deva efectuar uma determinada prestação. Esse dever de prestar não será juridicamente exigível, mas existe, sob pena de não se entender a soluti retentio (...) “ basta pensar no jogo!”*”; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Das obrigações naturais: Direito ou Moral?”, in *Revista O Direito*, Ano 141.º, Volume III, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 526-532.

¹⁴ Ver JORGE GODINHO, “Gaming and betting contracts in the 1999 Macau Civil Code”, in *Gaming Law Review and Economics*, Volume 3, n.º 5, (2010), pp. 2; JORGE GODINHO, *Macau Business law and legal system*, LexisNexis, Hong Kong, (2007), *passim*; MARTIN VRANKEN, *Fundamentals of European civil law*, Blackpress Press, London, 2nd edition, (2000), pp. 83.

¹⁵ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 92.

Um dos critérios mais banalizados determina que, existe um jogo quando os intervenientes (players) interagem e participam activamente no desenrolar do jogo, contribuindo decisivamente através das opções que tomam para o seu resultado final da aposta^{16/17}. Assim, os jogos permitem que os participantes interfiram no resultado¹⁸; tal não ocorre nas apostas¹⁹.

Nestes termos, no contrato de jogo há participação dos contratantes, as partes têm um papel activo na realização ou não realização do acontecimento: a condição a ser preenchida para se realizar o jogo é um facto a cumprir pelas partes. No contrato de aposta, diferentemente, as partes não têm qualquer participação no acontecimento que condiciona o resultado, dependendo este da simples verificação de um facto já realizado, ou ainda no estado futuro, que não é obra das partes²⁰.

Consabidamente, há jogos em que só um ou alguns dos jogadores participam (o croupier ou o jogador sozinho numa máquina electrónica de jogo (slot machine). Tal facto deve-se apenas, no entanto, a exigências técnicas, inerentes às regras do jogo, não prejudicando a sua qualificação como contrato de jogo ou aposta. Isto porque, também aqui, é o jogador quem, jogando, cria os pressupostos, as condições de que depende a verificação do facto a que está subordinada a prestação acordada.

¹⁶ V. CARLOS MOTA PINTO/A. PINTO MONTEIRO/JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Jogo e Aposta. Subsídios de fundamentação ética e histórica-jurídica*, Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Lisboa, (1982), *passim*.

¹⁷ V. RUI PINTO DUARTE, “O jogo e o direito”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Lisboa, n.º 3, (2001), pp. 69-93, (69-74).

¹⁸ É o caso do *Blackjack* (onde o jogador decide dobrar a aposta, separar pares, pedir ou não cartas adicionais) ou no *Video Poker* (onde o jogador decide que cartas quer manter ou trocar); Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 93.

¹⁹ É o que acontece no caso da roleta ou nas *slot machines*, onde não há qualquer interacção com o jogo propriamente dito e o jogador se limita a apostar e aguardar por um resultado apurado de forma *essencialmente aleatória*; ou no caso do jogo de *Bacará*, onde há regras fixas sobre quando se terá que pedir ou prescindir de cartas adicionais tanto para o jogador como para a banca (*Regulamento do jogo de Bacará, aprovado pelo Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 55/2*); Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 93.

²⁰ Ver PAULO MOTA PINTO, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, pp. 16.

Assim, o jogo e a aposta caracterizam-se por, ao invés do que sucede com os restantes contratos aleatórios, previstos no Código Civil de Macau, importarem a criação artificial de um risco endógeno ao contrato — elemento objectivo do jogo e da aposta. Mas tal criação tem, além disso, de ter lugar a intenção de jogo e aposta — elemento subjectivo — isto é, com uma intenção especulativa lúdica, de entretenimento ou de lucro, e não para um fim economicamente sério, no exercício de uma actividade económica.

Com efeito, só então, pode considerar-se que o jogo e a aposta são actividades em si mesmas não produtivas, sem interesse económico e sem justificação social, que, por isso, são apenas fonte de obrigações naturais²¹. Retomaremos este ponto mais adiante.

Como acima se deixou antecipado, o legislador que editou o Código Civil de Macau não definiu jogo e aposta, mas afigura-se-nos claro que estes não se bastam com um entendimento puramente objectivo, já que existem actividades que desempenham finalidades económicas sérias, merecedoras da tutela do direito, e que, objectivamente, se traduzem igualmente na previsão de uma álea contratual, não se distinguindo externamente do jogo e aposta. É necessário, portanto, o elemento subjectivo, consistente na intenção de jogo e aposta — a “*Spielabsicht*” exigida também no direito alemão²².

E essa intenção de jogo e aposta não pode permanecer guardada na radicalidade subjectiva, no íntimo do jogador ou apostador. Ao invés, a intenção de jogo e aposta tem de resultar, de forma expressa ou tácita, das declarações negociais das partes, ou, no mínimo, tem de ser reconhecível pela contraparte.

Por conseguinte, a intenção de jogo e aposta tem de ser bilateral, isto é, comum a ambas as partes e de ser conhecida ou reconhecível pela outra, para que se possa estar perante um contrato de jogo e aposta²³: é este o

²¹ *Idem*

²² V. M. HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, Beck, München, 3. Auflage, (2008), pp. 446.

²³ Ver PAULO MOTA PINTO, “Contrato de *swap* de taxas de juro, jogo e aposta e alteração das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar”, *cit.*, pp. 19, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

entendimento largamente maioritário da doutrina^{24/25} e da jurisprudência²⁶ helvética.

No direito alemão, o critério preferível, e que tem recebido a adesão maioritária da doutrina, é o que se polariza na análise dos motivos, escopo, ou fim prosseguido pelos contraentes (de diversão ou lucro).²⁷

Com efeito, para o direito alemão, mas em termos inteiramente transponíveis para a noção de jogo e aposta vigente no direito civil de Macau²⁸, se uma das partes não foi motivada por objectivos de jogo nem sequer pode reconhecer a intenção de jogo da contraparte, não existe, segundo a ratio legis do § 762 do BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) e do art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, qualquer razão para a deixar sem protecção jurídica. Não se consegue descortinar uma superior necessidade de protecção do jogador em comparação com a parte interessada numa actividade económica séria²⁹.

No que se refere ao direito norte-americano, para se delimitar o que constitui materialmente jogo (gaming), é usual fazer-se referência

²⁴ Ver EUGEN BUCHER, *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, 3. Auflage, Schulthess Polygr., (1988), pp. 315-317.

²⁵ Ver, no mesmo sentido da nota anterior, HUGO OSER/WILHELM SCHÖNENBERGER, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band (Bd.) 5: Das Obligationenrecht Teil 3*, 2. Auflage, Zürich, Schulthess, (1945), n.º 45, § 67.

²⁶ Ver acórdão (*Urteil*) do Tribunal Federal Suíço de 24 de Janeiro de 1939 (*BGE — Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, vol. 65, Band II, pp. 23-34); acórdão (*Urteil*) do Tribunal Federal de 14 de Março de 1994 (*BGE — Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts*, vol. 120, Band II, pp. 35-42).

²⁷ Ver, na doutrina alemã, o critério distintivo entre os contratos de *jogo (Spiel)* e de *aposta (Wette)*, apontado por SPRAU, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 59. Auflage, § 762, n.º 3, (2000), pp. 880.

²⁸ Uma vez que o regime jurídico constante do § 762 do BGB é similar ao do art.º 1245.º, do Código Civil Português e ao do art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, conferindo ao contrato de jogo e aposta *apenas* a possibilidade de consubstanciar uma fonte de *obrigações naturais*.

²⁹ V. M. HENSSLER, *Risiko als Vertragsgegenstand*, cit., pp. 444.

ao predominance test³⁰, ao gambling instinct test³¹, e ao material element test³².

De harmonia com estes testes, é considerado jogo quando se verifica a presença cumulativa de consideration, chance, e prize or reward³³. Todavia, a sorte (chance) é avaliada de forma essencialmente diferente em relação a cada um dos testes.

Porquanto, no âmbito do predominance test, é considerado jogo, se a sorte prevalece ou predomina sobre a perícia do jogador³⁴; para esse efeito, é usualmente apontado pela doutrina a percentagem de 51 % de predomínio da sorte sobre a perícia.

Em sede do gambling instinct test, e no que à actividade material de jogo diz respeito, o jogador apela fundamentalmente ao seu gambling instinct; naturalmente, dado o seu intimismo insondável, este teste não tem merecido o acolhimento da doutrina norte-americana³⁵.

³⁰ Que é aplicado na maioria das jurisdições estaduais dos Estados Unidos da América; Ver ERICA OKERBERG, “What’s in a Game? A Test under which we may call a “VGT” a gambling game is not so sweet: Why courts should not apply the material element test to VGTS”, in *UNLV Gaming Law Journal*, Vol. 5, Spring 2014, (2014), pp. 28.

³¹ Que, dada a sua natureza eminentemente subjectiva, levanta mais problemas do que aqueles que resolve; ANTHONY N. CABOT/GLENN J. LIGHT/KARL RUTLEDGE “Alex Rodriguez, a Monkey, and the Game of Scrabble: the Hazard of Using Illogic to Define Legality of Games of Mixed Skill and Chance”, in *Drake Law Review*, (2009), pp. 393-394; no mesmo sentido, manifestando as mesmas reservas, ERICA OKERBERG, “What’s in a Game? A Test under which we may call a “VGT” a gambling game is not so sweet: Why courts should not apply the *material element test* to VGTS”, *cit.*, pp. 28.

³² Que é aplicado em sete das jurisdições estaduais dos Estados Unidos da América, a saber: Alabama, Alaska, Hawaii, Missouri, New Jersey, New York, Oklahoma e Oregon; Ver ANTHONY N. CABOT/GLENN J. LIGHT/KARL RUTLEDGE, *cit.*, pp. 392, nota 64.

³³ Ver, na jurisprudência norte-americana, *Commonwealth v. Dent*, 992, A. 2d, 190, 191, (Pa 2010).

³⁴ Ver ANTHONY N. CABOT/GLENN J. LIGHT/KARL RUTLEDGE “Alex Rodriguez, a Monkey, and the Game of Scrabble: the Hazard of Using Illogic to Define Legality of Games of Mixed Skill and Chance”, *cit.*, pp. 383-394.

³⁵ V. ERICA OKERBERG, *cit.*, pp. 28.

De acordo com o material element test, verifica-se a ocorrência de jogo (gambling) quando a sorte (chance) é considerada um elemento material do jogo³⁶.

Deste modo, no que a este teste diz respeito, entende-se por consideration, a detriment or promise³⁷, uma recompensa em dinheiro³⁸; entende-se por sorte, como elemento material do jogo³⁹, algo que vá além de um mere incidental effect of the game⁴⁰ — o que significa que a sorte pode ser um elemento material do jogo sempre que desempenhe algum papel no resultado do jogo⁴¹, não sendo necessário⁴² que esse papel seja significativo ou determinante⁴³.

De harmonia com o predominance test, são necessários 3 (três) elementos para se caracterizar a noção de jogo, a saber: i) consideration; ii) chance predominates over skill e iii) prize⁴⁴.

Com efeito, é considerado jogo quando, em termos estatísticos (percentage benchmark for when chance “predominates” over skill)⁴⁵, a sorte

³⁶ Ver ANTHONY N. CABOT/GLENN J. LIGHT/KARL RUTLEDGE, *cit.*, pp. 392; ERICA OKERBERG, *cit.*, pp. 28.

³⁷ Ver, na jurisprudência norte-americana, *Dalton c. Pataki*, 11 A.D. 3d 62, 90 (*New York App. Div. 2004*) (que procede à discussão do elemento material do gambling).

³⁸ Ver *People v. Dubinsky*, 31 N.Y.S.2d 234, 239 (N.Y. Sp. Sess 1941) (que considera que a consideration não necessita de ser dinheiro); no mesmo sentido, *Veterans of Foreign Wars Post 6477 v. Mo. Gaming Comm 'n*, 260 S. W. 3d 388

³⁹ *U.S. V. DiCristina*, 886 F. Supp. 2d, 164, 234 (E.D.N.Y 2012).

⁴⁰ Ver MICHAEL A. TSELNIK, “Note, Check, Raise, or Fold. Poker and the Unlawful Internet Gambling Enforcement Act, 35”, in *Hofstra Law Review*, 1167, 1646, (2007) (explicando os motivos pelos quais o *Poker* é um jogo de perícia e não de sorte).

⁴¹ Ver *Thole v. Westfall*, 682, S.W.D.2d 33, 37 n. 8 (Mo. Ct App. 1984); *State v. Prevo*, 44 Haw, 665, 678 (Haw. 1961).

⁴² Ver GEORGE REMENIK, “Mrs. Tschetschot’s Busted Hand, Poker, and Taxes: The Inconsistent Application of Tax Laws on a Game of Skill”, in *Cardozo Pub. L. Pol’y & Ethics Journal*, 485, (2010), 491-492.

⁴³ Ver ANTHONY N. CABOT/GLENN J. LIGHT/KARL RUTLEDGE, *cit.*, pp. 392-393; ERICA OKERBERG, *cit.*, pp. 29.

⁴⁴ *V. Commonwealth v. Dent*, 992, A. 2d, 190, 191, (Pa 2010).

⁴⁵ Ver ANTHONY N. CABOT/GLENN J. LIGHT/KARL RUTLEDGE, *cit.*, pp. 402; ERICA OKERBERG, *cit.*, pp. 45.

predomina sobre a perícia do jogador no que respeita ao resultado do jogo; essa percentagem tem sido calculada acima dos 51 %^{46/47}.

Pela nossa parte, à luz do art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, deve ser considerado aposta (betting) quando estejam verificados dois elementos cumulativos: um elemento interno e um elemento externo.

O elemento interno, enquanto manifestação interna, que se projecta empiricamente no mundo exterior, de um animus ludendi, de uma vontade lúdica ou de entretenimento, despida, pois, de qualquer intenção lucrativa (se bem que esta seja, muitas vezes, uma consequência dessa vontade lúdica), ou de qualquer actividade económica séria.

O elemento externo significa que o jogador, por mais skills (perícia) que tenha, está sujeito a um conjunto de factores externos à sua perícia, necessariamente variável e mutável, que, no fundo, irão determinar o resultado final da aposta. Ou seja, este elemento externo, transforma o jogador num mero participante ao invés de um protagonista. O que bem se compreende. Na verdade, o jogador, na qualidade de participante, interage com o objecto da aposta, mediante uma miríade de pressupostos, que estão previamente determinados pela complexidade algorítmica, e que escapa, necessariamente, ao seu domínio. O jogador não conduz os termos da aposta. Os termos da aposta são criados e conduzidos pelo próprio objecto da aposta. O jogador participa na condução da aposta, mas não a determina. Não tem, pois, qualquer influência no resultado final da aposta.

Por conseguinte, o resultado final da aposta, está completamente fora da esfera de disponibilidade do jogador: é o caso paradigmático das máquinas electrónicas de jogo (slot machines) e do Bacará.

Diferentemente, à luz do art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau, deve ser considerado jogo (gaming), quando os termos da interacção entre o jogador e um objecto lúdico (jogo) estejam na razão inversa da aposta.

Deste modo, ao invés da aposta, a percentagem de skills (perícia) do jogador é um factor absolutamente determinante para o resultado final do jogo.

⁴⁶ Ver ERICA OKERBERG, *cit.*, pp. 45.

⁴⁷ Ver U.S.C. § 5362 (1) (E) (ix) (2012); *Ala CODe* § 13-A-12-76 8 (c) (2013); *Price et al. Pinnacle Brands, Inc*, 138, F3d 602, 606 (5th Circuit 1998).

Na verdade, se, no âmbito da aposta, a perícia do jogador é absolutamente absorvida pela ditadura dos termos do jogo; diferentemente, no âmbito do jogo, é o jogador que determina decisivamente o se e o como do resultado final. É o jogador que detém o domínio de facto dos termos em que se desenrolará o (resultado final do) jogo; na medida em que o bom ou mau resultado final está inteiramente dependente da forma como o jogador, que maõ interage, mas, antes domina o jogo. Numa palavra, determina o jogo.

Por conseguinte, o bom ou mau domínio do jogo, por parte do jogador, ditará o resultado final do mesmo: é o caso paradigmático do Video Poker e do Blackjack.

II. O contrato de jogo e de aposta no Código Civil de Macau, como fonte de obrigações naturais — a relevância do costume praeter legem. Breves notas.

O contrato de jogo e de aposta são uma expressão prática do homo ludens; no fundo, simbolizam uma vontade de entretenimento, uma vontade lúdica.

Na verdade, o homem, nos quadros de uma sociedade de risco (Risikogesellschaft), sente a necessidade de encontrar vias de acesso ao entretenimento, que lhe permitam criar mecanismos de divertimento pessoal, fora da lógica da exploração de uma actividade económica séria; neste pressuposto, o animus ludendi do jogador, corresponde a uma necessidade eminentemente pessoal, não raro nociva para o próprio, que, por isso, não merece a tutela do direito.

Com efeito, aquela vontade lúdica do jogador, simbolizando, como se disse, uma necessidade eminentemente pessoal, não tem um fundamento material bastante para merecer do direito uma tutela jurídica, porque lhe falta o interesse económico.

Por essa razão, o Código Civil de Macau subtraiu-se à enforceability das dívidas emergentes do contrato de jogo ou aposta, uma vez que as mesmas — atenta a finalidade lúdica e à falta de interesse económico a que lhes subjaz — ficam na livre disponibilidade das partes contratantes.

Essa livre disponibilidade atribuída às partes de um contrato de jogo ou aposta traduz-se, por um lado, na celebração desses contratos, mes-

mo sabendo as partes antecipadamente que as dívidas emergentes desses contratos, são meras obrigações naturais (art.º 1171.º, n.º, 1, do Código Civil de Macau); e, por outro lado, no pressuposto da sua incoercibilidade, no risco (calculado) de que o devedor dessas dívidas “só as pagará se quiser” e que, fazendo-o, não pode pedir a restituição do indevido.

Sendo isto certo, e atenta a sua natureza jurídica de obrigações naturais, o que tem acontecido nos Casinos da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, é que as dívidas emergentes dos contratos de jogo ou aposta têm sido integralmente pagas aos credores.

O pagamento das dívidas emergentes dos contratos de jogo ou aposta (art.º 1171.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) é feito com base nas regras costumeiras, nas práticas sociais, que fundam as relações entre os proprietários dos casinos de Macau e os clientes.

É nesta lógica que se inscreve a importância de tecer umas breves notas sobre o costume *praeter legem*, uma vez que o costume não constitui fonte de direito no Código Civil de Macau.

O costume, é comumente definido como uma prática social reiterada (o *corpus*), acompanhada da convicção da sua obrigatoriedade (o *animus*)⁴⁸.

O primeiro requisito, a conduta, é generalizado nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau da República Popular da China, uma vez que repousam numa convicção de obrigatoriedade⁴⁹ por parte dos contratantes dos contratos de jogo e aposta.

Ou seja, essa convicção de obrigatoriedade encontra o seu fundamento teleológico na racionalidade ou razoabilidade da conduta⁵⁰ de proceder ao pagamento das dívidas emergentes dos contratos de jogo e

⁴⁸ Ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “O costume e os usos no século XXI”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano III, Número 3, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 627.

⁴⁹ Ver, na doutrina alemã, ERNST ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, AcP 66 (1883), pp. 323-468; GUSTAV RÜMELIN, *Das Gewohnheitsrecht*, Jhjb, XXVII, 153-252, (164 e ss).

⁵⁰ Ver, na doutrina italiana, NORBERTO BOBBIO, *Consuetudine (teoria generale)*, ED IX (1961), 426-442, (429/I ss).

aposta; sendo essa a expressão de uma prática social reconhecível⁵¹ como Direito em Macau.

III. O crédito para jogo nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: a Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho — um contrato de mútuo ou um contrato de reporte com função de crédito e garantia como negócio fiduciário? O pacto marciano — breves notas.

O art.º 2.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho preceitua que “Apenas existe concessão de crédito quando um concedente de crédito transmita a um terceiro a titularidade de fichas de jogos de fortuna ou azar em casino sem que haja lugar ao pagamento imediato, em dinheiro, dessa transmissão”.

A esta luz, a doutrina tem afirmado que o mesmo resultado económico pode gerar diferentes enquadramentos jurídicos, tendo em conta os diversos contratos na base do crédito para jogo⁵².

Nomeadamente, é concebível a existência de um contrato de mútuo (art.º 1070.º, do Código Civil de Macau) ou de um contrato de compra e venda de fichas de jogo com pagamento do preço em momento posterior⁵³.

Essa qualificação jurídica assenta, na óptica dessa doutrina, no facto de que a “transmissão da titularidade” parecer aludir à entrega física das fichas, o que confere ao crédito para jogo um carácter real (quoad constitutionem). Tal harmoniza-se, refere ainda a aludida doutrina, com o regime do contrato de mútuo, onde as coisas mutuadas se tornam propriedade do mutuário pelo facto da entrega (art.º 1071.º, do Código Civil de Macau); com efeito, onde seja divisável uma compra e venda de fichas,

⁵¹ Ver, na doutrina italiana, CIRO LIPARTITI, *Consuetudine (diritto internazionale)*, NssDI IV (1960), 327-333; FABIO ZICCARDI, *Consuetudine (diritto internazionale)*, ED XI (1961), 476-501.

⁵² Ver, sobre o contrato de concessão comercial (art.º 657.º e ss do Código Comercial de Macau), no âmbito do qual o contrato e revende os bens produzidos ou distribuídos por uma outra parte, agindo assim enquanto distribuidor; JORGE GODINHO, *Macau Business Law and Legal System*, LexisNexis, Hong Kong, (2007), pp. 126-129.

⁵³ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 89.

esta noção fará referência, igualmente, ao cumprimento da obrigação de entrega das fichas vendidas. Como quer que seja, para a lei do crédito para jogo parece relevar sobretudo a situação económico-empírica: para que o beneficiário do crédito fique imediatamente habilitado a jogar é indispensável a transferência material (ou seja, a entrega física) das fichas de jogo, sendo este o centro de gravidade em causa⁵⁴.

Esta noção dogmática, que polariza o seu enfoque analítico na qualificação jurídica do crédito para jogo, tem aplicação imediata, aos casos em que o beneficiário do crédito para jogo (o jogador) utiliza todo o capital mutuado para o jogo ou aposta no casino; na medida em que todo o capital mutuado (crédito para jogo) atribuído pelo concedente de crédito, é canalizado, através da compra de fichas de jogo (chips), para a finalidade lúdica de jogo ou aposta nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau.

E nos casos de “walking”, em que o concessionário do crédito para jogo (o jogador) só utiliza parcialmente o montante que lhe foi concedido para essa finalidade lúdica? Nestes casos tipológicos, a qualificação jurídica mais adequada ao desenho factual do walking não será o reporte com função de crédito ou de garantia como negócio fiduciário?

A resposta, na nossa óptica, não pode deixar de ser afirmativa. Passemos, então, à descrição desse contrato.

O contrato de reporte encontra-se previsto no art.º 831.º, do Código Comercial de Macau e preceitua que “O reporte é o contrato pelo qual o reportado transfere para o reportador a propriedade de títulos de crédito de certa espécie por um determinado preço, e o reportador assume a obrigação de transferir para o reportado, no fim do prazo acordado, a propriedade de igual quantidade de títulos da mesma espécie, contra o reembolso do preço, que pode ser aumentado ou diminuído na medida acordada” (Sublimhados mossos); o “contrato de reporte torna-se perfeito com a entrega real dos títulos” (art.º 832.º, do Código Comercial de Macau).

Nos casos de “walking” as partes contratantes, partindo do princípio da liberdade contratual (art.º 399.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau) e do princípio da liberdade de emissão de títulos de crédito

⁵⁴ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 89.

(art.º 1064.º, do Código Comercial de Macau), podem utilizar o reporte com função de crédito e de garantia como negócio fiduciário⁵⁵.

Porquanto, no reporte com função de crédito e de garantia, na venda inicial, representa o montante de crédito para jogo concedido. Os títulos de crédito negociáveis (as fichas de jogo que são convertíveis em dinheiro) constituem a garantia do montante creditado⁵⁶, que, na prática, são a garantia da restituição parcial do crédito para jogo entregue ao jogador ou apostador⁵⁷.

Por conseguinte, no reporte com função de crédito e de garantia, atenta a relação de confiança que une as partes contratantes do crédito para jogo, este deverá assumir também a natureza de negócio fiduciário.

Na verdade, a categoria negocial do negócio fiduciário,⁵⁸ caracteriza-se pela adopção de uma particular estrutura — em que se verifica a aquisição plena de um direito, cujo exercício está limitado tão só obrigacionalmente e que o adquirente (o jogador a quem é concedido o crédito para jogo) estará vinculado a retransmitir o remanescente do crédito para jogo que não utilizou nos casinos de Macau — que coloca o fiduciante (aquele que concede o crédito para jogo) numa peculiar situação de debilidade, ou de risco — o risco fiduciário⁵⁹.

⁵⁵ Ver, sobre a categoria negocial dos negócios fiduciários e, em particular, sobre a qualificação do reporte com função de crédito e garantia como negócio fiduciário, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, dissertação de doutoramento, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 46 e ss, pp. 231 e ss.

⁵⁶ Ver, na doutrina italiana, GIACOMO MOLLE *et alii*, “I contratti bancari”, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. XXXV, Tomo I, Giuffrè, Milão, (1981), pp. 366; ANGELO LUMINOSO, “I contratti tipici e atípicí”, in *Trattato di diritto privato* (a cura de Giovanni Iudica e Paolo Zatti), Giuffrè, Milão, (1995), pp. 202;

⁵⁷ Ver, na doutrina italiana, C. VIVANTE, *Il contratto di riporto*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni (RDCom)*, (1919), I, pp. 667; FRANCO BELLI/CLAUDIA ROVINI, *Riporto (contrato di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche (DDP)*, sezione commerciale, XXIV, (2012), pp. 545.

⁵⁸ Ver, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2007), pp. 254 e ss.

⁵⁹ Ver LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “Do reporte com função de crédito e garantia”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III, Vária, Coimbra Editora, Coimbra,

Essa posição de debilidade ou de risco do fiduciante é marcada, como se disse, por um risco fiduciário⁶⁰; uma vez que há a possibilidade de recusa de transmissão ou de transferência fiduciária⁶¹, por parte do fiduciário (aquele a quem é concedido o crédito para jogo), do remanescente do capital mutuado (sob a forma de fichas de jogo convertíveis em dinheiro) e não utilizado nos casinos de Macau.

Por essa razão, e de novo fazendo apelo ao princípio da liberdade contratual (art.º 399.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau), devem as partes contratantes do crédito para jogo (entendido como reporte com função de crédito e de garantia como negócio fiduciário) prever na sua minuta contratual (normalmente através de formulários pré-concebidos) a possibilidade de o fiduciário restituir o excesso do valor do crédito sobre o montante total do crédito para jogo não utilizado nos casinos de Macau: é o que a doutrina italiana tem denominado de pacto marciano (que não se confunde com o pacto comissório).

O pacto marciano, é uma de uma convenção segundo a qual, em caso de incumprimento, os bens dados em garantia (as fichas de jogo convertíveis em dinheiro) transferem-se para o credor, mas este é obrigado, se for o caso, a pagar ao devedor uma quantia que corresponde à diferença entre o montante da dívida não paga e o valor do bem⁶².

(2007), p. 21; no mesmo sentido, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em Garantia*, dissertação de mestrado, Almedina, Coimbra, (2010), pp. 227 e ss.

⁶⁰ Ver, na doutrina italiana, FILIPPO ANNUNZIATA, “Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie. Dalla convenzione dell’Aja alla Collateral Directive”, in *Banca, Borsa e di Credito*, (BBTC), (2003), pp. 178 e ss; EUGENIO MASTROPAOLO, “La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (Direttiva 2002/47/CE del giugno 2002), in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni (RDCM)*, (2003), pp. 519 e ss; ver, na doutrina alemã, KATHARINA KOLLMANN, “Zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6 Juni 2002 über Finanzsicherheiten in das deutsche Recht”, in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrechts, Wertpapier-Mitteilungen (WM)*, (2004), pp. 1012 e ss.

⁶¹ Ver ANDRÉ FIGUEIREDO, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros com Aplicação Especial na Gestão de Valores Mobiliários*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (2013), pp. 309; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros, Direito Europeu e Português*, Tomo I, parte geral, Coimbra Editora, Coimbra, (2007), pp. 216.

⁶² Ver, na doutrina italiana, FRANCISCO REALMONTE, “Stipulazioni commissorie vendita com *patto di riscatto* e distribuzione dei rischi”, in *FI*, (1989), parte I, cols. 1440 e ss, col. 1444 que afirmava que “*nunca ninguém duvidou da licitude do pacto marciano*”; GUISEPPE STOLFI, “Promessa di vendita e patto commissorio”, in *FP*,

O referido pacto marciano é lícito, porquanto, não existe o risco de o credor se locupletar com a diferença entre o valor do bem (as fichas de jogo convertíveis em dinheiro) e o seu crédito (que, em regra, coincidirá com o valor do bem), uma vez que está assegurada a necessária correspondência entre o valor do bem alienado e o do crédito garantido⁶³.

IV. A questão do “walking”: “dead chips” ou a admissibilidade das categorias doutrinárias norte-americanas da *negative pledge*, da *equitable security*, e da *floating charge*?; segue, a cláusula penal moratória e a cláusula penal compulsória.

A questão dos efeitos jurídicos do crédito para jogo não se cinge somente aos jogos de fortuna ou azar propriamente ditos (que são contratos aleatórios).

Com efeito, os efeitos jurídicos do crédito para jogo, assumem uma particular relevância nas relações contratuais não aleatórias de cariz financeiro, que visam disponibilizar fichas de jogo ou «tokens» para a realização de apostas em jogos de fortuna ou azar em casino⁶⁴. O que bem

(1957), parte I, cols. 767 e ss, o autor defende, precisamente col. 767, que “o legislador não proíbe qualquer cláusula que permita ao mutuante tornar-se proprietário da coisa onerada, mas proíbe apenas o pacto em que se estabelece que a propriedade da coisa hipotecada, ou dada em penhor, se transmite ao credor por força da falta de pagamento pontual do débito e, portanto, sem qualquer outra formalidade”; GIANLUCA MAURO PELLEGRINI, “In tema di alienazioni in garanzia e patto commissório”, in *Giurisprudenza Italiana (GI)*, (1991), I, 1, cols. 1207 e ss, col. 1208 considera “fora de discussão” que a proibição do pacto commissório se estende também aos pactos obrigacionais e às situações de promessa de compra e venda de um imóvel por parte de um terceiro com o escopo de garantir o cumprimento pelo devedor.

⁶³ Ver IRA BUGANI “Il divieto del *patto commissório* e la vendita com *patto di riscatto* (o com *patto di retrovenda*), in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, (1986), parte II, pp. 31 e ss, afirma que a jurisprudência italiana dominante considera abrangido pela proibição do pacto commissório, somente também, o acordo que tenha apenas efeitos obrigacionais, porque consentiria às partes obter o mesmo resultado económico visado pelo pacto commissório com efeitos reais, resultado que o legislador quis impedir mediante a proibição; o que não acontece, como vimos, com o pacto marciano; na doutrina portuguesa, JÚLIO GOMES, “Sobre o âmbito da proibição do pacto commissório, o pacto commissório autónomo e o pacto marciano — Ac. STJ de 30.01.2003, Rec. 3896/02”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, N.º 8, Outubro-Dezembro 2004, cejur, Braga, Coimbra Editora, (2004), pp. 71.

⁶⁴ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 93.

se compreende. Na verdade, dada a sua importância precípua nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, o crédito para jogo é fonte de obrigações civis: «Da concessão de crédito exercida ao abrigo da presente lei emergem obrigações civis» (art.º 4.º, da Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho).

Sendo isto certo, a questão que se coloca é a de saber quid iuris quando o crédito para jogo concedido ao jogador venha a ser utilizado para outros efeitos. Neste âmbito temático, é conhecida a prática do «walking», que consiste em obter crédito para jogo e, de seguida, colocar apenas um número reduzido de apostas, e abandonar o casino com o grosso do capital mutuado⁶⁵. Tal prejudica as operadoras de jogo⁶⁶, uma vez que, o crédito para jogo concedido não é efectivamente apostado nos jogos de casino e expostas à house advantage, a vantagem automática existente em todos os jogos bancados. Esta prática pode ser limitada através do uso das «dead chips»⁶⁷ (fichas de jogo não convertíveis em dinheiro) e pela selecção dos jogadores⁶⁸ a quem se concede crédito para jogo^{69/70}.

⁶⁵ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 94, nota 33.

⁶⁶ Ver WILLIAM R. EADINGTON/RICARDO SIU, “Between Law and Custom — Examining the Interaction between Legislative Chance and the Evolution of Macao’s Casino Industry”, in *International Gambling Studies*, Volume 7, (2007), *passim*.

⁶⁷ As «dead chips» (fichas mortas) não podem ser convertidas em dinheiro e terão que ser apostadas; normalmente estas fichas têm uma forma rectangular. Os ganhos gerados, são reembolsados em fichas convertíveis em dinheiro na caixa de casino. Este é o método tradicionalmente utilizado em Macau, para assegurar que o crédito concedido para jogo, é mesmo aplicado no jogo em casino e não usado para outros fins; Ver WUYI WANG/WILLIAM R. EADINGTON, “Vip Room Contractual System of Macau’s Traditional Casino Industry”, in *University of Nevada and Reno (UNR), Working Papers Series Working Papers*, n.º 07-001, January 2007, (2007), pp. (1-39) (6); ROBERT C. HANNUM/SUDHIR H. KALE, “The mathematics and marketing of dead chips programmes: finding and keeping the edge”, in *International Gambling Studies*, Volume IV, n.º 1, June 2004, (2004), *passim*; no mesmo sentido, Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 90, nota 15.

⁶⁸ Sobre a questão do “VIP Room Promoters” e a selecção dos jogadores; WUYI WANG, “Rethinking of Macau’s Gaming Liberalization from a view of Institutional Economics”, in *Macau Polytechnic Institute Publishing*, Macau, China, (2005), *passim*.

⁶⁹ Ver, na doutrina norte-americana, ANTHONY CABOT/JOSEPH KELLY, “Casino Credit and Collection”, in *Institute for the Study of Gambling and Commercial Gaming*, Las Vegas, NV, (2003), pp. 3; JIM KILBY/JIM FOX/ANTHONY LUCAS, *Casino Operations Management*, 2nd edition, Wiley, Hoboken NJ, (2005), pp. 103-106.

⁷⁰ Sobre a questão das remunerações dos *VIP room gaming promoters*, principalmente com enfoque no método do *Rolling Chip Turnover*, Ver JORGE GODINHO, “Casino

A este propósito, tem sido referido pela doutrina que, o crédito para jogo não dispõe normalmente de garantias especiais, mas é invariável a sua documentação através de título executivo. Deste modo, à luz do regime jurídico do crédito para jogo, é possível que o crédito para jogo seja representado por um título de crédito, que pode ser emitido ao portador⁷¹ (art.º 2.º, n.º 4, da Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho) — o que se justifica, pelo facto de o Código Comercial de Macau, permitir a emissão de títulos de crédito não especialmente regulados pela lei, reconhecendo a liberdade de criação e emissão de qualquer tipo de título de crédito (art.º 1064.º).

Todavia, se existe uma liberdade de criação e emissão de quaisquer títulos de crédito, prevista, como vimos, pelo art.º 1064.º, do Código Comercial de Macau, a questão que se coloca é a de saber se é possível, de novo com base no princípio da liberdade contratual (art.º 399.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) a criação de garantias pessoais e especiais para acautelar o incumprimento das obrigações civis emergentes do crédito para jogo (art.º 4.º, da Lei n.º 5/2004, de 14 de Junho).

Impõe-se uma resposta positiva. Recorrendo, para o efeito, ao direito anglo-saxónico, mais concretamente ao direito norte-americano, tendo em vista a admissibilidade, no âmbito dos casinos de Região Administrativa Especial de Macau, das categorias doutrinárias norte-americanas da equitable security, da negative pledge e, ainda, da floating charge, (garantia flutuante), esta última, expressamente prevista nos art.º 928.º a 941.º, do Código Comercial de Macau.

O instituto jurídico da equitable security e, em especial, a figura doutrinária da equitable lien, que não encontram paralelo no ordenamento jurídico de Macau, permitem aos tribunais, mediante o preenchimento de determinados requisitos, nem sempre claros ou unânimes⁷², atribuir a

Gaming in Macau: Evolution, Regulation and Challenges”, in *UNLV Gaming Law Journal (UNLVGLJ)*, Volume 5, Issue 1, (2014), pp. 12, nota 52.

⁷¹ Tem sido acenada pela doutrina, a possibilidade de utilização dos denominados «*marketers*», de inspiração norte-americana, nos casinos de Macau; LIONEL SAWYER *et alii*, *Nevada Gaming Law*, 4th edition, Las Vegas and Reno, (2002), pp. 268-277; Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 94, nota 34.

⁷² Neste sentido, ver, na doutrina norte-americana, GRANT GILMORE, “Security Interests in Personal Property”, in *The Lawbook Exchange*, New Jersey, (1965), pp. 198,

um sujeito, protecção semelhante à que seria concedida através do registo de uma garantia real, muito embora essa formalização nunca tenha tido lugar⁷³.

A ideia de uma garantia se constituir não por registo, mas através da simples vontade das partes, atenta a liberdade contratual das mesmas (art.º 399.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), desde que decretada pelo tribunal competente, encontra-se bem sedimentada no Direito estado-unidense⁷⁴. No início do segundo quartel do século XIX, encontramos uma decisão do Court of Appeals of Maryland, que estabelece de forma bastante simples os princípios aplicáveis⁷⁵.

Este princípio mantém-se actual e aceite unanimemente⁷⁶, bastando-se a sua aplicação com a inequívoca demonstração de ser essa a vontade das partes⁷⁷. No entanto, é importante afirmar que esta garantia real não

que afirma, a este propósito, que “*the term “equitable”, with reference to assignments, liens, pledges and security interests, is used in a variety of senses, often contradictory*”.

⁷³ Ver ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO, “*Negative Pledge: um estudo comparatístico*”, in *Revista O Direito*, Volume III, Almedina, Coimbra, (2010), pp. 497-538, que acompanharemos de muito perto, mesmo textualmente.

⁷⁴ Ver, na doutrina norte-americana, WILLIAM E. BRITTON, “*Equitable Liens — A Tentative Analysis of the Problem*”, in *N.C.L. Review*, (1930), pp. 399-407; HARLAN F. STONE, “*The “Equitable Mortgage*”, in *Columbia Law Review (CLR)*, (1920), pp. 526-532; GARRARD GLENN, “*The Equitable Pledge Creditors Rights and the Chandler Act*”, in *Vanderbilt Law Review (VLR)*, (1939), pp. 435-446; TIJO HANS, “*Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce*”, in *S. Ac Law Journal*, (1994), pp. 156-159.

⁷⁵ Que afirmou, no essencial, o seguinte: “*When any instrument of writing is designed to operate as a transfer of property, and proper and apt terms are used, whereby the meaning of the parties can be clearly ascertained, if some circumstances are omitted to give it legal validity, which deprive it of its intended, specific operation, a Court of Equity will set it up as a contract*”.

⁷⁶ Ver, na jurisprudência norte-americana, *James v Alderton Dock Yards*, 256 New York 298-306, 303, 176 N.E. 401-404, 403 (N.Y. 1931); *Adams v Avirett*, 252 Md. 556-571, 568, 250 A.2d 891-894, 892 (Md. 1969); *Equitable Trust Company v Imbesi*, 287 Md. 249-272, 260, 412 A.2d 96-107, 101 (Md.1980).

⁷⁷ A vontade das partes deve ser determinada a partir da *interpretação contratual* e, no âmbito desta, o intérprete-aplicador deve determinar o significado das palavras utilizadas; na jurisprudência inglesa, *Equitable Life Assurance Society v Hyman* (LORD STEYN), (2000), 3 All E.R., 961-973 at 969; *Ashville Investments v Elements Ltd* (MAY LJ), (1989) Q.B., 488-518 at 494; *Palm Shipping Inc. v Kuwait Petroleum Corporation* (SAVILLE J.), 1988, Lloyd’s Rep 500-503 at 502.

pode ser invocada contra terceiros de boa fé, que tenham registado devidamente a garantia⁷⁸.

O surgimento de uma equitable security resulta da aplicação prática, pela jurisprudência norte-americana, de princípios centenários. No caso *Crabtree v Bramble*, o Court of Chancery apresentou, de forma bastante abstracta, o que podemos considerar como a base desta figura⁷⁹.

Do que abaixo se deixou transcrito, retira-se que, tendo as partes contratantes do crédito para jogo, conscientemente, acordado entre ambos a produção de um efeito jurídico específico - i.e., a vontade de constituir uma garantia (que terá, em regra, mera eficácia obrigacional) sobre o património do beneficiário do crédito para jogo, para acautelar o incumprimento emergente do “walking”, e, logo, da não restituição do remanescente do crédito não utilizado nos casinos de Macau -, o tribunal⁸⁰ tenderá, atento o princípio da liberdade contratual (art.º 399.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), a reconhecê-lo como válido⁸¹ e exequível⁸²,

⁷⁸ *Datlof v Turetsky* 111 A.D.2d 364-366, 365, 489 N.Y.S. 2d 353-355, 354 (N.Y.A.D. 2 Dept, 1985).

⁷⁹ Neste sentido, o *Court of Chancery* afirmou que “*It must be allowed equity follows the contracts of parties, in order to preserve their intent, by carrying it into execution, and depends on this principle, that what has been agreed to be done for valuable consideration is considered as done, and holds in every case in dower*”.

⁸⁰ O Direito encontra o seu ponto gravitacional na actividade judicial; tudo se resume a saber a forma pela qual o juiz decidirá o caso concreto, uma vez que “*It matters how judges decide cases*”; Ver, na doutrina norte-americana, RONALD DWORKIN, *Law’s Empire*, Hart Publishing, London, (1998) (reimp. da edição de 1986), pp. 1; RONALD DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, (2001) (reimp. da ed. de 1985), pp. 10 e ss; RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, Duckworth Books, London, 2nd edition, (1982), pp. 3 e ss.

⁸¹ Na jurisprudência norte-americana, *Frederick v Frederick* (1721) 1 P. Wms 710-723, 713.

⁸² A escolha de uma metodologia objectiva de interpretação contratual por parte dos sistemas jurídicos de influência anglo-saxónica, deve-se, em grande medida, ao receio de que a indeterminação da vontade real das partes, impossibilite a permanência da maioria dos contratos, por inexistência de uma vontade comum; Ver ANTÓNIO M. MENEZES CORDEIRO, “A interpretação contratual anglo-saxónica”, in *Revista O Direito*, Ano 141.º, Volume III, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 526-532; KIM LEWISON, *The Interpretation of Contracts*, Sweet and Maxwell, London, (2004), pp. 23-25.

independentemente de as formalidades legais terem sido rigorosamente seguidas⁸³.

Semelhantemente ao que ocorre no Direito norte-americano, a constituição, por um tribunal, de um interesse obrigacional não afecta, como se disse, a posição jurídica de um terceiro de boa fé⁸⁴.

Por seu turno, na sua forma mais simples, a cláusula negative pledge consubstancia uma obrigação, assumida pelo mutuário (i.e., o beneficiário do crédito para jogo) de após a conclusão do contrato de reporte com função de crédito e garantia de natureza fiduciária — qualificação jurídica que defendemos para os casos de “walking” -, e salvo casos excepcionais especificamente determinados, não dar em garantia qualquer direito real de que seja titular⁸⁵, salvo se, previamente autorizado pelo mutuante-concedente do crédito para jogo⁸⁶.

Por regra, a possibilidade de prestar garantias reais no futuro está dependente de prévio consentimento por parte do credor⁸⁷.

A este propósito, é tradicionalmente citada uma decisão do Supremo Tribunal do Delaware (Supreme Court of Delaware), para ilustrar a aplicabilidade prática da cláusula negative pledge.

⁸³ Ver, na doutrina norte-americana, ROY GOODE/LOUISE GULLIFER, *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, 4th edition, Sweet & Maxwell, (2008), pp. 7-12.

⁸⁴ Ver JOHN PHILIPS, *Equitable Liens — A Search for a Unifying Principle in Securities Over Personality*, The Federation Press, Sydney, (1994), pp. 29-36.

⁸⁵ Ver, na doutrina norte-americana, JONATHAN R.C. ARKINS, “Ok-so You’ve Promised, Right?”, *The Negative Pledge Clause and the “Security” it Provides*, in *J.I.B.L.*, (1993), 270-271; PETER F. GOOGAN/HOMER KRIPKE/FREDERIC WEISS, “The Outer Fringes of Article 9: Subordination Agreements, Security Interests in Money and Deposits, Negative Pledge Clauses and Participation Agreements”, in *Harvard Law Review (HLR)*, (1965), pp. 256-267; THOMAS C. MITCHELL “The Negative Pledge Clause and the Classification of Financing Devices: A Question of Perspective, First Installment”, in *American Bankr. Law Journal*, (1986), pp. 156-179;

⁸⁶ Ver ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO, “*Negative Pledge: um estudo comparatístico*”, *cit.*, pp. 497-538.

⁸⁷ Ver TIJO HANS, “Of Prohibitions on Assignments, Restrictive Covenants and Negative Pledges in Commercial Law: Clogs on Commerce”, in *S. Ac Law Journal*, (1994), pp. 171.

Com efeito, no caso *Coast Bank v Minderhout*⁸⁸. Entre 18 de Janeiro e 12 de Novembro de 1957, o *Coast Bank*⁸⁹ concedeu, por diversas vezes, crédito a Burton e a Donald Enright, tendo as partes estipulado, em contrato distinto, que até ao pagamento integral, os Enright não poderiam nem vender nem dar como garantia qualquer direito de propriedade de que eram titulares, salvo se, previamente autorizados pelo *Coast Bank*. O não cumprimento desta cláusula, permitia ao *Coast Bank*, acelerar o pagamento de todas as restantes prestações em falta. Esta cláusula foi devidamente registada no *Recorder of Deeds*, o equivalente às Conservatórias do Registo Predial de Macau. Pouco tempo depois da celebração do contrato, os Enright transmitem o direito de propriedade sobre um terreno para os arguentes, sem prévia autorização do *Coast Bank*. Perante o incumprimento da cláusula *negative pledge*, o *Coast Bank* acelera o termo do contrato, e exige o cumprimento integral da obrigação principal. As dificuldades económicas dos Enright, impossibilitaram a satisfação dos direitos de crédito⁹⁰. Ora, tendo o *Coast Bank* conhecimento da venda do direito de propriedade, vem pretender que o tribunal reconheça, a constituição de uma *equitable lien*. Cumpre por fim referir que, os compradores do direito de propriedade, tinham conhecimento da inclusão no contrato da cláusula *negative pledge*⁹¹.

O tribunal considerou, todavia, que a formulação da cláusula *negative pledge*, permitia que se optasse pela real intenção das partes na constituição de uma garantia real⁹².

Pese embora a decisão em *Coast Bank v Minderhout*, algumas decisões dos tribunais estado-unidenses vão no sentido de atribuir à cláusula *negative pledge*, uma mera obrigação de não prestar garantias no futuro⁹³, de natureza obrigacional⁹⁴.

⁸⁸ 392 P.2d 265-269 (Col.1964).

⁸⁹ Na altura em que os empréstimos foram concedidos o *Coast Bank* denominava-se *Bank of Belmont Shore*.

⁹⁰ Ver ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO, “*Negative Pledge*: um estudo comparatístico”, *cit.*, pp. 497-538, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

⁹¹ 392 P.2d 265-269, 266, (Col.1964).

⁹² *Idem*

⁹³ Ver, na doutrina norte-americana, CARL S. BJERRE, “Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants, Property and Perfection”, in *Cornell Law Review (CLR)*, (1998), pp. 319-328.

⁹⁴ Ver, na jurisprudência norte-americana, *Chase Manhattan Bank v Gems-By-Gordon*, 649 F.2d 710-713 (9th Circuit 1981); *Browne v San Luis Obispo*, 462 F.2d 129-134,

No que se refere à floating charge (garantia flutuante), face às características dos três tipos de garantias reais consensuais existentes no ordenamento jurídico inglês — pledge, mortgage e charge —, facilmente se chegou à conclusão da inadequação do regime das referidas garantias reais para casos em que, pela natureza das coisas, os bens susceptíveis de constituir objecto de garantia, não pudessem deixar de estar na posse do devedor, para garantir a continuação da sua actividade (e, portanto, a continuação da geração da riqueza e dos recursos necessários para prover ao cumprimento das suas obrigações), e apresentassem uma natureza circulante (flutuante) e não estática, que implicasse uma constante alteração do património dado em garantia⁹⁵.

A floating charge surgiu, então, em resultado do labor da praxis comercial e da jurisprudência dos Tribunais Ingleses. Sublinhe-se, a este respeito, o caso *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co.* (1870), em que se reconheceu ao devedor a liberdade de dispor do acervo de bens garantidos, até ao momento da consolidação da garantia, sobre todos os bens da empresa; e o caso *Re Yorkshire Woolcombers Association* (1903), no qual se reconheceu definitivamente a figura, definindo-se as suas características essenciais e típicas: i) trata-se de uma garantia sobre um conjunto ou sobre todos os bens da empresa presentes e futuros; ii) conjunto ou totalidade que, “in the ordinary course of business of the company”, se encontram em constante alteração; iii) e, até a um certo

133 (9th Circuit. 1972); *In Re Friese*, 28 B.R. 953-955, 955 (Bankr. D. Conn 1983); *Werner v. Tri City Credit Bureau*, 557 P.2d 1072-1077, 1075-1076 (Arizona Ct. App. 1976); *Equitable Trust v Imbesi*, 412 A 2d 96-107, 98 (Md. 1980); *Kuppenbeimer v Mormin*, 78 F.2d 261-265 (1935).

⁹⁵ Ver R.M. GOODE, “The English Floating Charge”, in *Lectures on the Common Law*, Volume 2, Kluwer Law and Taxation Publishers, (1989), pp. 54-55; na doutrina italiana, ENRICO GABRIELLE/G.ANDREA DANESE “Le Garanzie sui Beni dell’Impresa: Profili della Floating Charge nel Diritto Inglese”, in *Banca Borsa e Titoli de Credito, Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, anno LVIII, Fascicolo V, Parte Prima, Set-Out, (1995), 632-639; GIAN BRUNO BRUNI, “La Garanzie “Fluttuante” nell’Esperienza Giuridica Inglese e Italiana”, in *Banca Borsa e Titoli de Credito, Rivista di Dottrina e Giurisprudenza*, anno XLIX, fasc. V Parte Prima, Novembre-Dicembre, (1986), pp. 692-693; na doutrina anglo-saxónica, MICHAEL G. BRIDGE “The English Law of Real Security”, in *European Review of Private Law*, Vol. 10, n.º 4, (2002), pp. 486-487; MARISA VAZ, “Garantias Flutuantes: inserção no ordenamento jurídico português”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V, (2013), Volume 4, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 891-938.

momento determinado pelas partes, a empresa pode continuar a desenvolver a sua actividade nos termos normais, tanto quanto ao conjunto de bens diz respeito⁹⁶, característica esta que, em jurisprudência posterior⁹⁷ se considerou como “the hall mark of a floating charge and serves to distinguish it from a fixed charge”⁹⁸.

Podemos, assim, caracterizar a floating charge ou «garantia flutuante», como a garantia que impende sobre todo ou quase todo o património de uma sociedade comercial, à excepção dos bens que estejam sujeitos a um fixed charge — que se traduz numa afectação de certos bens, que não têm de ser necessariamente determinados, a uma determinada relação creditícia⁹⁹. Todo o património é dado em garantia; o que inclui todo o acervo de activos, desde imóveis, contas bancárias, créditos, i.e., todos os activos patrimoniais (assets) da sociedade sobre quais ela tenha titularidade jurídica¹⁰⁰.

Atento o facto de, o objecto da garantia ser mutável, é que a mesma se designa de flutuante (floating), pois a garantia flutua sobre todo o património sem, no entanto, se fixar (fixed) em nenhum bem em concreto¹⁰¹.

Quanto à dinâmica de funcionamento da floating charge (garantia flutuante), a transformação no conteúdo da garantia opera-se quando ela passa de floating charge para um fixed charge. Esse momento, é doutrinariamente designado de «consolidação» ou «cristalização» (crystallisation); aí todos os activos da sociedade passam a estar sujeitos a um fixed charge.

⁹⁶ Ver MARISA VAZ, “Garantias Flutuantes: inserção no ordenamento jurídico português, *cit.*, pp. 894.

⁹⁷ Ver *Smith administrator of Cosslett (Contractors) v Bridgend County Borough Council* (2002), 1 AC 336, 354, (41).

⁹⁸ E. P. ELLINGER/ E.LOMNICKA/R.J.A. HOOLEY, *Ellinger’s Modern Banking Law*, 4th Edition, (2006), pp. 790-796; no mesmo sentido, MARISA VAZ, “Garantias Flutuantes: inserção no ordenamento jurídico português, *cit.*, pp. 894, que vimos seguindo de muito perto, mesmo textualmente.

⁹⁹ Ver, na doutrina francesa, FRÉDÉRIQUE DAHAN, “La floating charge: reconnaissance en France d’une sureté anglaise”, in *Journal du droit international*, anné. 123 (1996), n.º 2, pp. 387; na doutrina australiana, JOHN CHANDLER, “The Modern floating charge”, in *Securities over personalty*, Federation Press, Sydney, (2008), pp. 6-9.

¹⁰⁰ Ver DÉCIO ALEXANDRE VÁRZEA CORREIA, “O floating charge no contexto da harmonização do direito das garantias mobiliárias”, in *Estudos sobre Incumprimento do Contrato*, Coimbra Editora/Grupo Wolters Kluwer, Coimbra, (2011), pp. 204.

¹⁰¹ Idem

Por conseguinte, a partir desse momento, todos os bens sujeitos à floating charge, saem da esfera de disponibilidade do beneficiário do crédito para jogo (devedor), que, conseqüentemente, vê-se privado da liberdade de disposição e oneração dos seus bens¹⁰².

Esse momento de «consolidação» ou «cristalização» (crystallisation) da garantia, emergirá, em sede do crédito para jogo nos casinos de Macau¹⁰³, do incumprimento da obrigação (breach of contract) de restituição do excesso do crédito para jogo não utilizado para esse efeito.

Por último, mas não menos importante, e ainda no âmbito dos mecanismos de tutela creditícia do concedente/mutuante do crédito para jogo, resta fazer referência à cláusula penal moratória e à cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória (art.º 1073.º, n.º 2, do Código Civil de Macau).

No que diz respeito, à cláusula penal moratória, a mesma consiste, em apertada síntese, na cláusula estipulada pelas partes, em sede da qual se prevê o pagamento, pelo beneficiário do crédito para jogo ao mutuante do crédito para jogo, de uma determinada quantia em dinheiro por cada mês de atraso¹⁰⁴ na restituição do remanescente do crédito para jogo não utilizado nos casinos de Macau.

Trata-se, por conseguinte, de uma forma de liquidação prévia do dano pela mora resultante da obrigação principal (restituição do excesso do capital mutuado não utilizado, para efeitos de crédito para jogo, nos

¹⁰² Ver, na doutrina norte-americana, GEORGE GRETTON, “Reception without Integration? *Floating Charges* and Mixed Systems”, in *Tulane Law Review*, Volume 78, (2003), 313-315; EILÍS FERRAN, “*Floating Charges*- the nature of the security”, in *Cambridge Law Journal*, Volume 47, (1988), n.º 2, pp. 223.

¹⁰³ Como refere a doutrina macaense “*a garantia flutuante, sendo originária do direito anglo-saxónico (...), foi introduzida no regime jurídico de Macau (...) e teve por razão de ser a proximidade (pressão) de Hong Kong e uma crítica recorrente dos práticos de que o número de garantias disponíveis era limitado, se comparado às opções do vizinho Território*”; Ver AUGUSTO TEIXEIRA GARCIA, “O Código Comercial de Macau e os contributos do direito comparado”, in *Direito das Sociedades em Revista (DSR)*, Outubro 2011, Ano 3, Volume 6, Semestral, Almedina, Coimbra, (2011), pp. 146.

¹⁰⁴ Ver, sobre a *cláusula penal moratória*, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Artigo 811.º, n.º 3, do Código Civil: “*requiem*” pela cláusula penal indemnizatória?”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 142, N.º 3976, Setembro-Outubro 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 68.

casinos de Macau), o que significa que o devedor não fica obrigado ao ressarcimento do dano que efectivamente cause ao credor pelo não cumprimento pontual, mas ao pagamento do dano anteadpadmente mejociado através da pena convencional, sempre que não tenha sido acordada a resarcibilidade do dano excedente¹⁰⁵.

Diferentemente, na cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória, há uma pena que acresce ao cumprimento ou que acresce à indemnização pelo incumprimento: a finalidade das partes, nesta última hipótese, é a de pressionar o devedor a cumprir, e já não a de substituir a indemnização.

E essa cláusula penal é exclusivamente compulsória, porque a sua finalidade é apenas essa, não substituindo a indemnização a que houver lugar, em caso de incumprimento.

Por conseguinte, as partes contratantes de um contrato de crédito para jogo, acordam que se o credor tiver de recorrer à execução específica ou à indemnização pelo não cumprimento, poderá ainda exigir um plus, um montante (ou algo) que acrescerá à realização daqueles direitos. A pena é, assim, exclusivamente compulsória, pois, o seu único objectivo é, compelir o devedor/beneficiário do crédito para jogo ao cumprimento (restituição do excesso do montante de crédito para jogo não utilizado nos casinos de Macau) e não o de dispensar o recurso à indemnização em caso de não cumprimento¹⁰⁶. Por essa razão, a cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória, tendo uma natureza meramente sancionatória, pode ser cumulada com a indemnização¹⁰⁷ nos termos gerais do Código Civil de Macau.

É o que veremos de seguida.

¹⁰⁵ Ver, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (1990), pp. 433-455, em cujas soluções normativas, em matéria de cláusula penal, o Código Civil de Macau de 1999 se inspirou; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, Almedina, Coimbra, 4ª edição, (2002), pp. 260-269.

¹⁰⁶ Ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “Cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 141, N.º 3972, Janeiro-Fevereiro 2012, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 190-191.

¹⁰⁷ Ver ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, “A pena e o dano”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, Número Especial 02/Dezembro de 201, cejur, Braga, (2013), pp. 60.

V. Breve descrição da categoria doutrinal norte-americana da “impairment of the right of access” e da “privação do uso”, enquanto mecanismos indemnizatórios de justa compensação ao mutuante do crédito para jogo pela indisponibilidade material do montante mutuado.

Como acima se deixou antecipado, para resolver a (candente) questão do «walking», é admissível a cumulação uma cláusula penal pura ou exclusivamente compulsória com uma indemnização nos termos gerais do Código Civil de Macau.

Com efeito, essa indemnização será devida ao mutuante/concedente do crédito para jogo, pela privação do uso do excesso do capital mutuado ao beneficiário do crédito para jogo, que não foi utilizado pelo mesmo nos casinos de Macau.

Assim, a privação do uso do capital mutuado, por parte do concedente do crédito para jogo, durante determinado tempo, origina a perda de utilidades que o mesmo era susceptível de proporcionar (e.g., juros, afectação desse capital ao crédito para jogo para outros beneficiários), e se, essa perda de utilidades não for reparada mediante reconstituição natural (restituição do capital mutuado), impõe-se que, o beneficiário do crédito para jogo compense o credor na medida equivalente.

Por conseguinte, essa indemnização por privação do uso¹⁰⁸, é correspondente à diferença entre a situação que existiria e aquela que é possível verificar depois de se constatar a efectiva privação do uso do capital mutuado para crédito para jogo, sendo isso o bastante, para se determinar o ressarcimento através da única via possível, isto é, mediante a atribuição de uma compensação em dinheiro, recorrendo se necessário à equidade para se alcançar a ajustada quantificação¹⁰⁹.

Pensamos, pois, que a privação dessas concretas vantagens, e não logo a perturbação da faculdade de utilização, que integra o direito de

¹⁰⁸ Ver ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, “Indemnização do Dano da Privação do Uso”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, II Seminário dos Cadernos de Direito Privado “Responsabilidade Civil”, Número Especial 02/Dezembro de 201, cejur, Braga, (2013), pp. 190.

¹⁰⁹ Ver ANTÓNIO SANTOS ABRANTES GERALDES, *Indemnização do Dano da Privação do Uso*, Almedina, Coimbra, (2001), pp. 39-58.

propriedade do concedente do crédito para jogo, é que importará já um dano, autonomizável da ilicitude por afectação da abstracta possibilidade de uso — um dano, portanto, bem mais próximo da ideia de vantagens que teriam podido ser fruídas depois do evento lesivo, e, assim, de vantagens ou de um “lucro” (em sentido amplo) cessante, do que de uma perda ou dano emergente em posições actualizadas do proprietário do capital mutuado para crédito para jogo¹¹⁰; sendo esse um corolário de uma reinterpretação da responsabilidade ética ou moral, como uma responsabilidade pelos resultados do comportamento de uma pessoa¹¹¹ (o beneficiário do crédito para jogo) colocada em posição de conformar livre e responsabilmente o seu ser (sein) e o seu mundo¹¹².

No fundo, com as devidas adaptações, a indemnização por privação do uso, é o equivalente funcional da categoria doutrinal norte-americana da just compensation (compensability) for impairment of the right of access.

Na verdade, essa doutrina visa arbitrar uma just compensation ao proprietário (no nosso caso, o mutuante do crédito para jogo), por ter sido privado do property right to reasonable access¹¹³ ao capital mutuado para crédito para jogo e das utilidades de fruição económica daí advenientes.

¹¹⁰ Ver PAULO MOTA PINTO, *Interesse Contratual Positivo e Interesse Contratual Positivo*, dissertação de doutoramento, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, (2008), pp. 594-596.

¹¹¹ Ver, sobre o princípio da responsabilidade pelos resultados, positivos ou negativos, de um comportamento, na doutrina alemã, NILS JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, (2003), pp. 614-627.

¹¹² Entendida como uma “outcome liability”, componente essencial da imagem do homem como pessoa, uma vez que “we could not dispense with outcome-responsability without ceasing to be persons”; Ver TONY HONORÉ, “Responsability and luck: the moral basis of strict liability”, in *L.Q.R.*, Volume 104, (1988), pp. 531.

¹¹³ Ver, na doutrina norte-americana, WILLIAM STOEBUCK, “The Property Right of Access Versus Power of Eminent Domain”, in *Texas Law Review (TLR)*, 733, 734 (1969); ROBERT BRAUNEIS, “The First Constitutional Tort: The Remedial Revolution in Nineteenth-Century State Just Compensation Law”, in *Vanderbilt Law Review (VLR)*, 120-130, (1999); G. HERBERT, “Expropriation — Consequential Damages Under the Constitution”, in *Los Angeles Law Review (LLR)*, 490, 492-494; KURT H. GARBBER, “Eminent Domain: When Does a Temporary Denial of Access Become a Compensable Taking”, in *U. Mem. Law Review*, 271, 273, (1994).

Com efeito, a doutrina da impairment of the right of access, com base no critério objectivo do “substantial loss of access”¹¹⁴, aplica-se “to all injuries less than a total elimination of access, which is compensable as a taking”¹¹⁵, apenas quando “the remaining access is unreasonably deficient”¹¹⁶, e que inclui, igualmente, os casos de partial takings^{117/118} (como nos casos de “walking”).

VI. Os máximos legais dos juros de mora usurários respeitantes ao crédito para jogo e a categoria doutrinal norte-americana da “unconscionability”: Breves notas.

No que respeita aos juros de mora aplicáveis, o crédito para jogo não difere de outras actividades financeiras: há limites legais que não podem ser ultrapassados, independentemente, de o crédito para jogo ser concedido pelo proprietário ao abrigo de um contrato de mútuo¹¹⁹ ou através de um contrato de reporte com função de crédito e garantia de natureza fiduciária, na qualificação jurídica que defendemos¹²⁰. Os juros de mora

¹¹⁴ Ver, na doutrina norte-americana, AHSLEY MAS, “Eminent Domain Law and “Just” Compensation for Diminution of Access”, in *Cardozo Law Review (CLR)*, Vol. 36, 371, (2014).

¹¹⁵ JEREMY P. HOPKINS, “Just Compensation: Elementary Principles and Considerations to Ensure Property Owner is Made Whole”, in *ALI-ABA*, 53, 117, (2006).

¹¹⁶ Ver, na jurisprudência norte-americana, *Wilbert Family Ltd P’ship v Dall. Area Rapid Transit*, 371 S.W.D., 3d 506, 510 (Tex. App 2012).

¹¹⁷ Ver PHILIP NICHOLS ET ALII, *Nichols on Eminent Domain*, § 16. 01, Mathew Bender, 3rd edition, (2013); JACK R. SPERBER, “Just Compensation and the Valuation Concepts You Need to Know to Measure”, in *ALI-ABA*, 1, 8-9, (2009).

¹¹⁸ Ver, na jurisprudência norte-americana, sobre o conceito de “*eminent domain power*”, *Bos. Chamber of Commerce v. City of Boston*, 217 U.S. 189, 195 (1910).

¹¹⁹ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 92.

¹²⁰ “*Hoje o termo “usura” tem um significado mais abrangente, tendo deixado de se referir exclusivamente ao lucro emergente de um contrato de mútuo, para passar a designar todo o contrato injusto em razão do aproveitamento, ilícito, do estado de necessidade da outra parte*”; Ver HUGO ROSA FERREIRA, “Negação e repressão da usura no crédito bancário: análise de soluções em teoria e na prática”, in *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Número 3, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 634; na doutrina italiana, DONATO MASCIANDARO, “Economia dell’usura e politica dell’antiusura: la legge 108 dal 2006”, in *Bancaria*, N.º 9, Settembre 2006, Bancaria Editrice, Roma, (2006),

serão usurários se ultrapassarem o triplo do juro de mora legal vigente (art.º 1073.º, n.º 1 e art.º 553.º, ambos do Código Civil de Macau). Deste modo, o juro máximo aplicável será de 29, 25 % ao ano. A violação importa a redução para o máximo legalmente permitido (art.º 1073.º, n.º 3, do Código Civil de Macau)¹²¹.

O que significa que, a previsão, no âmbito do crédito para jogo, de juros de mora usurários torna o contrato “unconscionable” (aquilo que choca a consciência)^{122/123/124}.

Na verdade, o § 2-302 do Uniform Commercial Code norte-americano consagra a cláusula geral de unconscionability, permitindo aos tribunais que não apliquem o contrato, não apliquem cláusulas contratuais ou limitem a aplicação de cláusulas contratuais, quando considerem que o contrato ou qualquer cláusula contratual for unconscionable ao tempo da sua celebração¹²⁵.

A cláusula geral da unconscionability possibilita, quer o controlo judicial de aspectos relativos ao conteúdo das cláusulas contratuais (subs-

pp. 18-23; VALERIA MARTINO, “Usura: Dal Misticismo Alle Pratiche Mercantili”, in *Mercato del Credito e Usura*, Milano, Giuffrè, (2002), pp. 26;

¹²¹ Ver JORGE GODINHO, “Crédito para jogo em Casino”, *cit.*, pp. 92.

¹²² Ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, dissertação de doutoramento, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, (1999), pp. 328.

¹²³ A este propósito, a doutrina norte — americana afirma que o contrato se torna “unconscionable” quando contém “*excessively disproportionate terms*”; Ver LARRY A. DIMATTEO/BRUCE LOUIS RICH, “A consent theory of Unconscionability: An empirical Study of Law in Action”, in *Florida State University Law Review*, Volume 33, (2006), pp. 1073.

¹²⁴ A jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*US Supreme Court*), perfilhou expressamente a doutrina da *unconscionability*, entre muitos outros, no acórdão *Ohio University Bd of Trs v. Smith*, 724, N.E., 2d 1155, 1161 (*Ohio Ct. App* 1999); e no acórdão *Morrison v. Circuit City Stores, Inc*, 313, F3d, 646, 666 (6 th Circ. 2003).

¹²⁵ Ver PEDRO CAETANO NUNES, “Comunicação de Cláusulas Contratuais Gerais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Comissão Organizadora: José Lebre de Freitas; Rui Pinto Duarte; Assunção Cristas; Vítor Pereira das Neves; Marta Tavares de Almeida, Volume III, Coimbra, Almedina, (2011), pp. 517.

tantive unconscionability), quer o controlo judicial de aspectos relativos à forma ou formação do contrato (procedural unconscionability)¹²⁶.

É, (também) por essa razão, a nosso ver, de aplaudir o regime jurídico dos juros de mora usurários, introduzido pelo legislador da Região Administrativa Especial de Macau da República da China, no âmbito do crédito para jogo.

Horta, (Faial-Açores), com um relance do olhar para São Roque do Pico, 01 de Fevereiro de 2015.

¹²⁶ Na doutrina norte — americana, V., JOSEPH M. PERILLO, *Calamari and Perillo on contracts*, 5th edition, Saint Paul, West, (2003), pp. 388-389.

