

# ***O Jogo e a Aposta nos Casinos da Região Administrativa Especial de Macau: (Breves) Subsídios para o Enquadramento Jurídico da Questão das “Outstanding Chips” e para a Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova: um “Admirável Mundo Novo” no Gaming?***

*Hugo Luz dos Santos\**

## **I. Breve descrição da problemática das “*outstanding chips*” nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM); segue, o *accrual method*, o *matching principle* e a *current taxation of Outstanding Chips* — o *settlement* entre o IRS norte-americano e o *Eldorado Hotel Associates***

É bem conhecida, nos Estados Unidos da América, a temática das Outstanding Chips for tax purposes.

Com efeito, essa específica temática foi analisada, muito recentemente, pela doutrina norte-americana, que aqui acompanharemos de muito perto<sup>1</sup>.

Refere a aludida doutrina que “the Internal Revenue Service (“IRS”) has sought ways to increase casinos tax liabilities by changing their use of an accounting method that allows the casinos to exclude from income large amounts of cash they have on hand at the end of the year<sup>2</sup>. These large amounts of cash on hand result from the casinos exchange of chips for cash<sup>3</sup>. Casinos generally exclude from income the cash they receive from these transactions by classifying them as an incurrence of a liability

---

\* Magistrado do Ministério Público

<sup>1</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, in: *UNLV Gaming Law Journal*, Vol. 5, Spring 2014, (2014), pp. 121-143.

<sup>2</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues* 11 (1994), pp. 11-18.

<sup>3</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues, cit.*, pp. 17-18.

as opposed to an advancement of a receipt<sup>4</sup>. However, the IRS argues that the casinos classification of these transactions as liabilities is inappropriate and at least a portion of the cash casinos receive in this Exchange must be included in gross income<sup>5</sup>.

Assim sendo, a questão nodal que se coloca é a de saber qual o método de cálculo das outstanding chips usualmente utilizado pelos casinos para determinar, para efeitos fiscais, o seu número aproximado.

A este respeito, e continuando a seguir o pensamento da recente doutrina norte-americana, cumpre dizer que os “Casinos use the accrual method to account from income from gaming activities<sup>6</sup>. Under the accrual method of accounting, each casino calculates their income from gaming activities as the amount the casino has won on the patrons’ wagering transactions less any amount the casino has lost from similar transactions<sup>7</sup>”.

Todavia, a referida doutrina norte-americana, criticando o método de determinação e quantificação das outstanding chips utilizado pelos casinos, no que respeita, em concreto, ao accrual method, aduz que “missing from this equation is the cash the casino receives in exchange for the chips the patrons use to gamble<sup>8</sup>”.

Porquanto, “instead of counting this cash received as income, casinos record these transactions on their books as outstanding liabilities<sup>9</sup>”.

---

<sup>4</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 18.

<sup>5</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, I.R.S. Non-Docketed Serv. Adv. Ver. 9274 (Feb. 22, 1990) at 1.

<sup>6</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 18.

<sup>7</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 18.

<sup>8</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 18.

<sup>9</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 18.

Esta forma de quantificação das outstanding chips, através do accrual method, em si mesmo tomada, é criticável.

Na medida em que “this approach allows the casinos to exclude the exchange of cash for chips when patrons receives the chips and when the patron exchanges the chips back for cash from the income statement”<sup>10</sup>.

A significar que “all transactions related to the exchange of cash for chips for cash are accounted for on the balance sheet as a short-term liability instead of unearned or prepaid revenue”<sup>11</sup>.

De outra banda, quiçá para afastar o entono crítico acenado pela referida doutrina norte-americana, os taxpayers (dentre os quais, os casinos) têm mobilizado o argumento “that the requeriment to recognize income when payment received violates the generally accepted accounting principle of matching”<sup>12</sup>.

Porquanto, ao abrigo do matching principle, “the payment received is not included in income until the payee has earned the payment through performing the servisse or surrendering the good”<sup>13</sup>.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (Us Supreme Court), tem rejeitado peremptoriamente, desde os finais dos anos 50 do século XX, a mobilização do matching principle<sup>14</sup>.

Na verdade, o Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América (Us Supreme Court), no leading case Schlude v. Comm’r, 372 U.S. 128 (1963), embora reconhecendo algum valor normativo ao ma-

<sup>10</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 121; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 18.

<sup>11</sup> Na doutrina norte-americana, DAVID HASEN, “The Tax Treatment of Advanced Receipts”, in: *Tax Law Review*, (2008), 61, pp. 395-401.

<sup>12</sup> Na doutrina norte-americana, NICHOLAS A. MIRKAY, “It’s All About Timing: Will Karns Impact the IRS Battles Over Advance Receipts”, in: *Delaware Law Review*, (2010), 12, pp. 55-64.

<sup>13</sup> NICHOLAS A. MIRKAY, “It’s All About Timing: Will Karns Impact the IRS Battles Over Advance Receipts”, p. 55.

<sup>14</sup> Neste sentido, *Auto. Club of Mich v. Comm’r*, 353 U.S. 180 (1957); *Am. Auto. Ass’n v. United States (AAA)*, 367 U. S. 687 (1961) que referem, no que toca ao *matching principle*, que “this approach assures that the income is recognized in the same year as the associated expenses”.

ching principle, “it has declined to allow income deferral unless<sup>15</sup> there is a sufficiently determinate showing of the future expense”<sup>16/17</sup>.

Em face da resistência férrea dos casinos, e de algum insucesso no acolhimento jurisprudencial da reconversão total das outstanding chips em gross income, o “IRS” – à semelhança do que deverá suceder com a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau e com a Fazenda Nacional da Cidade-Estado de Singapura<sup>18</sup> – pugnou por, de

<sup>15</sup> NICHOLAS A. MIRKAY, “It’s All About Timing: Will Karns Impact the IRS Battles Over Advance Receipts”, p. 64, nota 98.

<sup>16</sup> *Us Supreme Court*, *Schlude v. Comm’r*, 372 U.S. 128 (1963), pp. 131-132.

<sup>17</sup> Talvez por essa razão, a doutrina norte-americana refira que, tal como *Schlude* (a *dance studio*), “casinos are also accrual-based taxpayers. However, casinos do not account for the outstanding chips in the same way that the dance studio accounted for their prepayment. When a patron exchanges cash for chips, the casino classifies the cash as a liability as opposed to unearned or deferred revenue. This is partially due to the fact that the money received in exchange for chips is “refundable”, which is dissimilar to the prepayments received under the studio’s contract”, Neste sentido, JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 129; no mesmo sentido, KEVIN MCGEEHAN, *The Gaming Industry: An Analysis of Critical Federal Tax Issues*, *cit.*, p. 21. E essa diferença capital entre o ramo de actividade do Gaming, realizada nos casinos, e os *dance studios*, foi, de certa forma, delimitada pelo *Us Supreme Court* (*Schlude*), quando afirma que, ao contrário dos casinos (*acrescento nosso*), “the taxpayer was a dance studio that received down payments for future lessons. Though the lessons had an expiration date, the studio did not set up a specific schedule for the completion of each pre-paid lesson. The contracts were also “non-concealable” that the studio would retain all pre-payments, i.e., the income, even if the services were never used by the costumer. This accrual-based tax-payer deferred including the prepayment in income until the payment was earned. To do so, the studio set up a “deferred income account” with the total amount of the contract price upon the execution of the contract. As the cliente used the services, the dance studio determined what amount of revenue had been earned by multiplying the hours used by the predetermined per hour charge. If no services had been provided during the year, the contract was deemed in the deferred income account in that taxable year”. Neste sentido, *Us Supreme Court*, *Schlude v. Comm’r*, 372 U.S. 128 (1963), pp. 130-132.

<sup>18</sup> A possível legalização do gaming em Singapura “was initially alluded to in 2004, and after a various stages of debate and consultation, the Casino Control Act was passed in 2006. Two operators were then selected, in what was a very competitive process. Resorts World Sentosa (of Genting Berhard, Malaysia) and the Marina Bay Sands (of Las Vegas Sands, USA) were each granted a license. The Casino Regulatory Authority, created in 2008 to oversee the gaming industry, has been performing its mission with very high degree of transparency. Credit for gaming is authorized and legally enforceable. Gaming promoters can be licensed in Singapore, but there has been some caution in this regard due to concerns such as suitability and money laundering. Measures are in place to discourage Singapore’s citizens

alguma forma, e com o auxílio prestimoso dos casinos, recuperar algum dinheiro (sob a forma de receita fiscal) referente às outstanding chips.

É nesta lógica espaço-temporal que surge o Order Adjusting Partnership Income at 3, *Eldorado Hotel Associates v. Comm'r T. C. No. 2862-95* (April 1, 1996), ou mais abreviadamente Eldorado Order.

Este acordo (settlement) consubstanciou-se na posição dogmática do IRS norte-americano no sentido de que “the portion of the outstanding chips that will never be returned to the casino is includible in income”<sup>19</sup>

A questão axial que, neste eixo temático se coloca, é a de saber, afinal, em que matizes repousa, concretamente, a fórmula de cálculo que servirá de base à receita fiscal emergente das outstanding chips.

Neste vector, o Eldorado settlement “requires casinos to compute the taxable portion of their outstanding chips on a year-to-year basis. Casinos are to determine the amount of each componente of the calculation by a set day, within thirty days after the end of the taxable year. To compute the taxable portion of their outstanding chips, casinos are allowed to increase or decrease their income by the increase or decrease in an “Annual Float amount”<sup>20</sup>; em caso de excesso do montante de imposto exigível e

---

*and permanente residentes from gambling. Citizens and permanent residents are required to pay na entry fee of SGD 100 (around 80 \$) to gain access for a twenty-four hour period oro fSGD 2000 (\$ 1600) for a full year. Tourists do not have to pay to enter the casinos. There is a check of the documents of every single person going in an out of the casinos. When this measure was approved it was thought that it would be suficiente to prevent most Singaporeans from excessive gambling. However, that proved not to be the case and in fact quite many Singaporeans are willing to pay the entry fee and play. Other restrictive measures are now being considered to try to lower a somehow unexpected surge of gambling in Singapore. Overall, Singapore developed casinos with very specific tourism, business and town planning goals at sight. As the revenue to be gained from the industry was not a priority, the tax levels are relatively low”; Ver DEREK DA CUNHA, “Singapore Places in Bets: Casinos, Foreign Talent and Remaking a City-State”, in: *Straits Times Press*, Singapore, (2010), *passim*; JORGE GODINHO, “Casino Gaming in Macau: Evolution, Regulation and Challenges”, in: *UNLV Gaming Law Journal*, Vol. 5, Spring 2014, (2014), p. 23.*

<sup>19</sup> JOHN BULLOCH, “Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability”, *cit.*, p. 139.

<sup>20</sup> The *Adjusted Float* is calculated as follows “ 1) Determine the total value of chips and tokens in active circulation; 2) Subtract the value of chips and ***tokens in the custody or under the control of the house*** as determined in accordance with normal counting procedures (including tokens in the taxpayer’s slot machines); 3) Subtract the value of outstanding chips and tokens in denomination of \$ 100 or more; 4) Subtract the adjust-

devido pelos casinos, a título de outstanding chips o ónus da prova desse excesso impenderá sobre aqueles (os casinos) pela razão jurídico-processual que a seguir se exporá.

## II. A legitimação jurídico-processual da current taxation of Outstanding Chips: a distribuição dinâmica do ónus da prova e a teoria das esferas de risco

Conexa à questão da quantificação do montante concreto de imposto exigível e devido emergente das outstanding chips, é a questão de se saber sobre quem recai o ónus da prova de que aquele montante de imposto devido pelos casinos da Região Administrativa Especial de Macau é excessivo.

---

*ment for chips and tokens in denomination of less than \$ 100 (the "Small Denomination Adjustment"). The Small Denomination Adjustment may be determined by either of the following alternative methodologies: i) The Experience Method (Alternative 1): The Small Denomination Adjustment shall be determined as the sum of items (a) and (b). a) the value of chips and tokens of denominations of less than \$ 100 in patrons' hands determined by accrual or observable count as the Computation Date; b) the value of total chips returns in denominations of less than \$ 100 over one-week period immediately following the Computation Date that are received by the taxpayer; c) From Bright Exchange or other clearing-house facilities, and d) from other casinos directly; ii) The percentage Method (Alternative 2): The Small Denomination Adjustment shall be determined as the sum of items (a), (b) and (c) as applied to chips and tokens (other than souvenir chips and tokens which shall be separately treated under subparagraph H; a) 75 % of the value of outstanding chips and tokens in denomination of \$ 10 or greater but less than \$ 100; b) 35 % of the value of outstanding chips and tokens in denomination of \$ 5 or greater but less than \$ 10; c) 10 % of the value of chips and tokens of denominations of less than \$ 5; 5) The amount recorded in gross income is any excess of current year outstanding chips over the prior year calculation"; Ver *Order Adjusting Partnership Income at 3, Eldorado Hotel Associates v. Comm'r T. C. No. 2862-95 (April 1, 1996)*, pp. 5-7; JOHN BULLOCH, "Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability", *cit.*, p. 140; a significar, em suma, que "The Adjusted Float modifies the casino's income by changing the Annual Float. The Annual Float is the difference between the current year's Adjusted Float and the Adjusted Float of the taxable year immediately preceding the current taxable year. If the current year's Adjusted Float is greater than the prior year's Adjusted Float, the Annual Float is positive and the casino must add the amount to their income. When the current year's Adjusted Float is less than the prior year's Adjusted Float, The Annual Float is negative and the casino deducts that amount from their income"; neste sentido, JOHN BULLOCH, "Income or Liability: How Casinos Classification of Outstanding Chips Determine Taxability", *cit.*, p. 141.*

Todavia, a questão que o Código Civil de Macau não resolve é a formatação da distribuição do ónus da prova quando, em matéria de direito probatório material, se faça impender um ónus probatório a uma parte processual ao ponto de a tornar uma prova diabólica, negativa, e, por isso, impossível, – é aqui que, pensamos, avulta a (candente) questão da distribuição dinâmica do ónus da prova e da sua precípua relevância em matéria de Gaming, e, por conseguinte, das outstanding chips.

Com efeito, fará sentido que, em matéria de ónus da prova, se coloque a Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau na posição/necessidade de produzir prova perante o mau funcionamento de um sistema informático complexo e algorítmico dos casinos de Macau e que, compreensivelmente, não domina?

Cremos bem que não.

Na verdade, no plano de direito material, é consabido que a qualificação jurídica de um contrato exige tanto um juízo primário, quanto um juízo secundário, e, quando entrem em conflito, prevalecerá aquele que encontre predominância na “ratio juris” e na natureza das coisas, bem como nas conseqüências concretas que os respectivos resultados venham a trazer à questão<sup>21</sup>.

O que significa que, no plano de direito processual, a ordem jurídica estadual regula um sistema de normas de conduta que tem por função disciplinar a actuação dos sujeitos processuais mormente no que respeita aos inerentes, e, por vezes, inevitáveis, conflitos de interesses, introduzindo, para o efeito, notas típicas de imperatividade e coercibilidade<sup>22</sup>.

A imperatividade quadra-se com a existência de normas permissivas que, em lugar de imporem deveres, conferem poderes, públicos ou privados, de actuação, de cujo exercício pode resultar uma nova pauta de direitos e de deveres.

Assim, as normas imperativas e as normas permissivas são normas primárias de conduta e estas são aquelas que directamente regulam o jogo

<sup>21</sup> Neste sentido, OLIVEIRA, MADALENA PERESTRELO DE, “A “inexigibilidade” na relação contratual: interpretação do contrato e heteronomia”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 539.

<sup>22</sup> Sendo esta *nota típica* geralmente associada às *normas jurídicas primárias*, neste sentido, na doutrina alemã, ZIPPELIUS, *Rechtsphilosophie*, Beck, München, 1994, p. 31.

dos interesses dos sujeitos processuais, ordenando ou permitindo comportamentos no âmbito do direito material<sup>23 24</sup>.

Ora se assim é, e se, como acima vimos, no âmbito do direito material (o regime jurídico do Gaming) assiste uma especial protecção do Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau (que necessita do recebimento completo e regular dos impostos para fazer face às necessidades colectivas dos seus cidadãos), por que razão, sendo o direito processual civil instrumental em relação ao direito material, se exigiria, àquele, no plano processual, um ónus probatório que, na prática, esvaziaria aquele escopo protector (Schutzwirkung) que lhe é conferido em sede de direito material?

Na verdade, o referido escopo protector (Schutzwirkung) do Estado-Colectividade de Macau encontra, num plano homólogo, expressão prática nos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado em matéria da responsabilidade civil por acto médico<sup>25</sup>.

Os referidos mecanismos simplificadores da actividade probatória do lesado (a Região Administrativa Especial de Macau), consubstanciam-se através da prova de determinados elementos fácticos – de (mais) fácil demonstração pelo doente – possibilitam que o juiz se convença, à luz de um raciocínio dedutivo, da reunião dos pressupostos típicos da responsabilidade civil – cuja prova se revela mais difícil<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “Sobre o conceito de acto processual”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Almedina, Coimbra, (2012), p. 150.

<sup>24</sup> Referindo expressamente a *relação de instrumentalidade* que medeia o direito processual e o direito material, na doutrina alemã, o notável estudo de MEDICUS, DIETER, “Anspruch und Einrede als Rückgat einer zivilistischen Lehrmethode”, in *Archiv für die zivilistische Praxis*, 174, (1974), p. 316.

<sup>25</sup> Desdobrando a actividade médica em *obrigações fragmentárias de actividade* e *obrigações fragmentárias de resultado*, MATOS, FILIPE DE ALBUQUERQUE DE, “Responsabilidade civil médica: breves reflexões em torno dos respectivos pressupostos”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 69.

<sup>26</sup> Neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, «*A dificuldade de demonstração do nexó de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato*», in *Revista do CEJ*, 1º Semestre de 2011, Número 15, Dossiê Temático: Crimes contra a autodeterminação sexual e contra a liberdade sexual com vítimas menores de idade, Almedina, Coimbra, (2013), p. 28.

Com efeito, trata-se de mecanismos que apresentam uma acentuada afinidade com as presunções judiciais<sup>27 28 29</sup> que auxiliam o juiz no procedimento complexo – que envolve “uma rede de inferências racionalmente fundada”- de escolha da “melhor” narração dos factos<sup>30</sup>.

É neste quadro temático que, em outros ordenamentos jurídicos<sup>31</sup>, se inscreve a importância do recurso às máximas da experiência resultantes da regra do “id quod plerumque accidit” em Itália<sup>32</sup>; à prova prima facie ou de primeira aparência (Anscheinbeweis)<sup>33 34</sup> na Alemanha; e às presunções “graves, precisas et concordantes” (art.º 1353.º, do

<sup>27</sup> Sobre as *presunções judiciais*, referindo-se expressamente ao seu funcionamento (art.º 351.º, do Código Civil); Neste sentido, SILVA, JOÃO CALVÃO DA “As presunções judiciais e os arts. 712.º, 722.º e 729.º do Código de Processo Civil”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 135.º, 3935, Novembro-Dezembro 2005, Director: Manuel Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), pp. 127-128.

<sup>28</sup> Que, como bem refere autorizada doutrina nacional, “*não importam uma inversão do ónus da prova*”; Neste sentido, FARIA, RITA LYNCE DE, *A inversão do ónus da prova no Direito civil português*, Lisboa, Lex, (2001), p. 36.

<sup>29</sup> Neste sentido, defendendo, em matéria de prova difícil ou impossível, *o recurso a presunções judiciais*, o artigo doutrinal de FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível”, 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 I, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 833.

<sup>30</sup> Neste sentido, PEDRO, RUTE TEIXEIRA, «*A dificuldade de demonstração do nexo de causalidade nas acções relativas à responsabilidade civil do profissional médico – Dos mecanismos jurídicos para uma intervenção pró damnato*», *cit.*, p. 28.

<sup>31</sup> Quanto a este aspecto, no âmbito da responsabilidade civil por acto médico, BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, “A jurisprudência portuguesa em matéria de responsabilidade civil médica: o estado da arte”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 38, Abril/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), pp. 23-24.

<sup>32</sup> Neste sentido, por todos, na doutrina italiana, QUADRI, ENRICO, “Profilo della Responsabilità Medica con particolare riguardo alla ginecologia ed ostetricia: esperienze recenti e prospettive”, in *RcP*, Volume LXIX, (2004), pp. 328-335, também disponível em srsn.com (acesso em 11 de Abril de 2015).

<sup>33</sup> Neste sentido, MONTEIRO, JORGE SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, tese de Doutoramento, (1989), p. 247, nota 429.

<sup>34</sup> Na doutrina alemã, acerca do cumprimento do ónus da prova na responsabilidade civil, GRAF, UTE, *Die Beweislast bei Behandlungsfehlern im Arzthaftungsprozess*, VVE, München, (2001), pp. 234 e ss.

Code Civil) em França<sup>35</sup>; ou no art.º 380.º, § 1 do Código Civil Brasileiro<sup>36</sup>.

Diferentemente, o Código Civil de Macau, seguindo o exemplo do BGB (Bürgerliches Gezezbuch) alemão, preocupa-se em delimitar, em termos inequívocos, a diferença entre facto constitutivo e facto impeditivo (art.º 335.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau). De harmonia com a denominada teoria das normas<sup>37/38</sup>, que teve em LEO ROSENBERG o principal arauto, há que identificar o que é a regra e o que é a excepção na norma de direito substantivo e esta tarefa está facilitada quando a excepção é introduzida por palavras como “excepto”, “salvo se”, “a não ser que”, “mas”, constantes, nomeadamente, e sem preocupação de exaustividade, e.g., no art.º 493.º, n.º 3, art.º 495.º, art.º 498.º, art.º 502.º, n.º 1, art.º 902.º, n.º 1, art.º 904.º, n.º 1, todos do Código Civil de Macau.

Assim, à luz da teoria das normas, a identificação dos factos constitutivos e impeditivos faz-se por interpretação das normas de direito substantivo, nomeadamente por distinção, no Tatbestand duma norma, entre o que constitui a regra (facto constitutivo)<sup>39</sup> e o que constitui a excepção (facto impeditivo)<sup>40</sup>; sendo que, na dúvida, consideram-se os factos como constitutivos do direito (art.º 335.º, n.º 3, do Código Civil de Macau).

<sup>35</sup> Neste sentido, por todos, na doutrina francesa, JOURDAIN, PATRICE, “Responsabilité Civile”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civile*, Juillet/Septembre 2008, (2008), pp. 492 e ss.

<sup>36</sup> Que prevê um afloramento da *distribuição dinâmica do ónus da prova*, cingindo-a, no entanto, aos casos de *impossibilidade material ou excessiva onerosidade na produção da prova*, abrangendo as *provas difíceis e diabólicas*; Neste sentido, na doutrina brasileira, CAROLINA CRISTINA MIOTTO, “Onus probandi: uma breve análise da distribuição estática e dinâmica do ónus da prova e a incidência nos sistemas processuais civis português e brasileiro”, in: *Scientia Juridica (SJ)*, Tomo LXIII, n.º 336, Setembro-Dezembro de 2014, Braga, cejur, (2014), pp. 527-528; JOÃO BATISTA LOPES, “Ónus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo código de processo civil”, in: *Revista de Processo*, Ano 37, Volume 204, Fevereiro de 2012, (2012), pp. 231-242.

<sup>37</sup> Exposta exemplarmente por ROSENBERG, LEO, *Die Beweislast auf der Grundlage der bürgerlichen Gesetzbuches and der Zivilprozessordnung*, 5. Auflage, Beck, München, 1963, pp. 124-168.

<sup>38</sup> Na doutrina portuguesa, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO RAMOS, “O sistema misto de valorização da prova”, in: *Revista O Direito*, Ano 146.º, Vol. III, (2014), Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 572.

<sup>39</sup> Neste sentido, GOUVEIA, MARIANA FRANÇA, *A Causa de Pedir na Acção Declarativa*, Almedina, Coimbra, Coleção Teses, Dissertação de Doutoramento, (2004), p. 275.

<sup>40</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “O ónus de denunciar o defeito da empreitada no art.º 1225.º, do Código Civil: O Facto e o Direito na interpretação dos documentos”, in *Estudos sobre o Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 443.

Todavia, à análise da norma de direito substantivo não deve presidir somente os elementos literais, atenta, as mais das vezes, a falta de clareza da norma de direito substantivo, sendo essa a razão pela qual a mais autorizada doutrina processualista propugna o recurso a “elementos racionais”<sup>41</sup>, cuja acuidade, adscrevemos nós, mais se faz sentir em campos temáticos baseados em conhecimentos privilegiados (i.e., a determinação concreta do quantidade total de outstanding chips que só pelos casinos – e só pelos casinos – pode ser, com um mínimo de fiabilidade, realizada)<sup>42</sup>, onde se dividem direitos colectivos (os da RAEM), cujo ónus probatório, onde a prova se afigure difícil<sup>43</sup>, ou mesmo impossível<sup>44</sup> toldaria, como acima se apontou, o naipe de direitos subjectivos que lhe foram conferidos pelo direito substantivo.

Por isso se compreende a razão pela qual a doutrina advogue, nos casos de dificuldade manifesta na prova de determinados factos, a inversão do ónus da prova (art.º 337.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau) ou, pelo menos, uma redistribuição mais equilibrada do ónus da prova<sup>45</sup>, e, no âmbito desta, a mobilização da teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova.

De acordo com a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova, cujo precursor, no seu desenho actual, foi o processualista argentino JORGE W. PEYRANO, o ónus probatório deveria ser distribuído não por causa da função que os factos desempenham no processo, mas, antes, em função do conceito de prova mais fácil, atribuindo-o, especificamente, à parte que está casuisticamente em posição mais favorável de o demonstrar<sup>46</sup>.

<sup>41</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 30, Abril/Junho 2010, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2010), p. 24, nota 14.

<sup>42</sup> Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, cit.*, pp. 811-813.

<sup>43</sup> Procedendo à indicação dos *factos difíceis de provar*, na doutrina argentina, W. PEYRANO, JORGE, “La prueba difícil”, in *Debido Proceso-Realidad y debido proceso – El debido proceso y la prueba*, AAVV, Buenos Aires, (2003), pp. 329-330.

<sup>44</sup> Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, n.º 93, Maio/Junho 2012, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2012), p. 11.

<sup>45</sup> Neste sentido, FERNANDEZ, ELIZABETH, “Desvio de poder: mito ou realidade?”, in *Cadernos de Justiça Administrativa (CJA)*, *cit.*, p. 25.

<sup>46</sup> Neste sentido, TEIXEIRA, MICAEL, *Por uma distribuição dinâmica do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, (2012), pp. 49 e ss.

Deste modo, a concreta distribuição do ónus probatório deve autonomizar-se da natureza que os factos assumem no desenho processual (factos constitutivos ou impeditivos) quando e se essa natureza tornar impossível ou difícil a prova desses factos naturalísticos<sup>47</sup>.

Como bem afirmam JORGE MORAIS CARVALHO/MICAEL TEIXEIRA, esta ideia justifica-se dado que, deste modo, se estimula a efectiva produção de prova e a procura da verdade material, onerando a parte com maior facilidade probatória, bem como se promove a igualdade material entre as partes, dando a ambos maior igualdade na possibilidade de fazerem valer a posição em juízo. Isto porque a parte com maior facilidade probatória pode efectivamente demonstrar a versão do facto que lhe aproveita e a parte contrária, apesar de ter menor facilidade em provar, pode sempre beneficiar de uma decisão de ónus da prova, caso a outra parte não consiga realizar a prova<sup>48</sup>.

No caso concreto do gaming e das outstanding chips, a teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova seria aplicada, justamente, do ponto de vista da inadmissibilidade de ónus da prova a cargo do Estado-Colectividade da Região Administrativa Especial de Macau quanto ao excesso do montante de imposto devido – por exemplo, pela contagem defeituosa (para mais) do número global de outstanding chips- porquanto é o casino (que monitoriza e controla desde os números de série referentes a um dado lote de fichas (chips) que coloca ou retira de circulação interna no casino; ao número de outstanding chips em poder material dos patrons que foram (ou não) trocadas por dinheiro (cash) num dado ano civil/económico) quem tem maior facilidade em demonstrar a versão factual que lhe aproveita, ou seja, a de que a liquidação do imposto exigível e devido derivou de um excesso no que respeita à determinação quantitativa das outstanding chips e que, por isso, aquele (o montante de imposto devido à Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau) deve ser reduzido para um montante acuradamente determinado com recurso a uma nova contagem das outstanding chips.

Esta conclusão é reforçada pela asserção de estar em causa factos pessoais dos gerentes dos casinos (emergentes dos deveres laterais de protec-

<sup>47</sup> Neste sentido, muito recentemente, w. PEYRANO, JORGE, “La prueba difícil”, in *Civil Procedure Review*, Volume 2, n.º 1, January/April, 2011, (2011), pp. 86-96.

<sup>48</sup> Neste sentido, CARVALHO, JORGE MORAIS/TEIXEIRA, MICAEL, “Crédito ao consumo-ónus da prova da entrega de exemplar do contrato e abuso do direito de invocar a nulidade”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 42, Abril/Junho 2013, cejur, Coimbra Editora, (2013), Coimbra, p. 47.

ção do património da RAEM – através do regular pagamento do imposto devido, e, ainda, do dever de monitorização do sistema informático de registo e quantificação das outstanding chips que dele se desdobra): este está em melhores condições do que qualquer outro (incluindo a Fazenda Nacional da RAEM) para os trazer ao processo, na medida em que são factos pertencentes à sua “esfera de risco”<sup>49</sup>, entendido como critério suplementar de distribuição do ónus da prova, ou, melhor dizendo, ao “círculo de vida” em que o facto se produz<sup>50 51</sup>: é a consagração da denominada teoria das esferas de risco<sup>52</sup>, que preconiza uma ligação umbilical entre o ónus da prova e a dicotomia obrigações de meios/obrigações de resultado<sup>53</sup>, e cuja aplicação poderá ser mobilizada para o âmbito do Gaming<sup>54</sup>, e, por inerência, para a problemática das outstanding chips.

Porquanto, por um lado, no plano de direito substantivo, só desse jeito será possível repor a equivalência subjectiva entre a prestação e a contraprestação contratualmente fixada pelas partes<sup>55 56 57</sup>, e, por outro lado, no plano de direito adjectivo, garantir a prossecução do princípio da

<sup>49</sup> Neste sentido, FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A propriedade de prédio confinante na norma do art.º 1380.º, n.º 1, do Código Civil. Facto constitutivo e facto impeditivo”, *cit.*, p. 22, nota 10.

<sup>50</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, BAUMGÄRTEL, *Beweislastpraxis im Privatrecht*, Köln, Karl Heymanns Verlag, (1995), p. 218.

<sup>51</sup> Neste sentido, na doutrina portuguesa, monograficamente, MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Dissertação de Mestrado, Lisboa, Lex, (2000), p. 134.

<sup>52</sup> Neste sentido, MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, *cit.*, p. 137.

<sup>53</sup> Neste sentido, na doutrina alemã, pioneiramente, PRÖLSS, J., *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, *VersR*, (1964), 33 (A), pp. 901-906.

<sup>54</sup> Parecendo expressar a admissibilidade de aplicação da teoria das esferas de risco a outros âmbitos temáticos, MÚRIAS, PEDRO/PEREIRA, MARIA DE LURDES, “Obrigação de meios, obrigações de resultado e custos de produção”, in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha, Estudos em Homenagem*, Coordenador: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2012), p. 1012.

<sup>55</sup> Neste sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A Resolução do contrato por incumprimento e impossibilidade de restituição em espécie”, in *O Direito*, Ano 144.º (2012), Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2013), p. 669.

<sup>56</sup> No mesmo sentido, na doutrina alemã, CANARIS, CLAUS-WILLEM “Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht des BGB”, in *Festschrift für Herbert Wiedemann*, Beck, München, (2002), pp. 4-5.

<sup>57</sup> No mesmo sentido, PIRES, CATARINA MONTEIRO, “A prestação restitutória em valor na resolução por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Volume II, Almedina, Coimbra, (2012), p. 703.

efectividade<sup>58</sup>, do dever de verdade processual<sup>59</sup> 60, e da justa composição do litígio em prazo razoável<sup>61</sup>, enquanto corolários do princípio da celeridade<sup>62</sup> e da economia processuais<sup>63</sup>.

### III. A proporcionalidade enquanto forma de legitimação jurídico-constitucional (art.º 6.º e 103.º, da Lei Básica de Macau) da *current taxation of Outstanding Chips* — a Lei da Ponderação e a Fórmula do Peso (Weight Formula); segue, a doutrina norte-americana do pragmatismo jurídico (legal pragmatism) - brevíssimas notas

Como escrevemos noutro local<sup>64</sup>, o direito à propriedade<sup>65</sup> das receitas fiscais provenientes dos casinos de Macau - que não se confunde com

<sup>58</sup> Neste sentido, MESQUITA, MIGUEL, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, 3983, Novembro-Dezembro 2013, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 143.

<sup>59</sup> Neste sentido, RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Questões relativas à Reforma do Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 144.º, 2012, Volume III, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2013), p. 669.

<sup>60</sup> Neste sentido, RAMOS, JOSÉ LUÍS BONIFÁCIO, “Designios do “novo” Código de Processo Civil”, in *O Direito*, Ano 145.º (2013), Volume IV, Director: Jorge Miranda, Almedina, Coimbra, (2014), p. 814.

<sup>61</sup> Neste sentido, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Apontamentos sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil”, in *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º 43, Julho/Setembro 2013, cejur, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 10.

<sup>62</sup> Neste sentido, ALEXANDRE, ISABEL, “A fase de instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, in *Revista do Ministério Público (RMP)*, n.º 134, Ano 34, Abril-Junho 2013, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 21.

<sup>63</sup> Neste sentido, REGO, CARLOS LOPES DO, “O Princípio do Dispositivo e os Poderes de Convolução do Juiz no Momento da Sentença”, 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 I, Coimbra Editora, Coimbra, (2013), p. 833.

<sup>64</sup> HUGO LUZ DOS SANTOS, “O dever de lealdade dos Administradores das Sociedades Comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (algumas notas mais ou menos desenvolvidas)”, in: *Revista de Administração Pública de Macau*, n.º 108, Macau, China, (2015), em curso de publicação, *passim*.

<sup>65</sup> Ver, na doutrina norte-americana, sobre as *restrições (totais ou parciais) de acesso ao direito de propriedade*, AHSLEY MAS, “Eminent Domain Law and “Just” Compensation for Diminution of Access”, in *Cardozo Law Review (CLR)*, Vol. 36, 371, (2014); JEREMY P. HOPKINS, “Just Compensation: Elementary Principles and Considerations to

o direito de propriedade privada (art.º 6.º e art.º 103.º, da Lei Básica de Macau), configurado como um direito subjectivo à manutenção de posições jurídicas subjectivas<sup>66</sup> e pressuposto na designada garantia de permanência<sup>67</sup> – é um direito subjectivo da Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, entendido enquanto um conjunto de expectativas de recebimento regular, completo e atempado das receitas fiscais emergentes dos casinos de Macau<sup>68/69</sup>; visto enquanto forma reflexa e instrumental de redistribuição igualitária da riqueza e, por aí, de satis-

---

Ensure Property Owner is Made Whole”, in *ALI-ABA*, 53, 117, (2006); 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); 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).

<sup>66</sup> Ver, sobre a protecção do direito de propriedade privada à luz do art.º 6.º e 103.º Lei Básica de Macau, na doutrina macaense, PAULO CARDINAL, *The Constitucional Layer of Protection of Fundamental Rights in the Macau Special Administrative Region*, Macau, (2008), p. 257; PAULO CARDINAL, “A Lei Básica e o regime jurídico das terras na Região Administrativa Especial de Macau”, in: *Scientia Juridica (SI)*, Tomo LXIII, n.º 336, Setembro-Dezembro de 2014, Braga, cejur, (2015), p. 432; à luz da Lei Básica de Hong Kong, ver, SIMON YOUNG, “Restricting Basic Law Rights in Hong Kong”, in: *Hong Kong Law Journal*, (2004), p. 110; veja-se, ainda na doutrina macaense, TONG IO CHENG, *The Origin of Ownership and the Legitimacy of the Existence and Continuation of the System: A Civil Law Person’s Interpretation of the Private Property Protection System in the Basic Law of the Macao SAR*, Macau, China, (2009), *passim*.

<sup>67</sup> V., na doutrina portuguesa, monograficamente, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Colecção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2012), pp. 734-800.

<sup>68</sup> V., na doutrina alemã, MARKUS APPEL, *Entstehungsschäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums*, p. 218.

<sup>69</sup> A jurisprudência do *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)* tem referido, a este respeito, que “A expectativa legítima de ver realizada a pretensão merece a protecção do artigo 1.º, do Protocolo Adicional n.º 1 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (...) e engloba o direito ao respeito dos seus bens, que não implica somente o respeito pela titularidade do direito de propriedade. Para além disto, ao proprietário é assegurado o exercício das faculdades inerentes a este direito, como sejam as de usar, dispor ou retirar dela os seus frutos”; na doutrina portuguesa, V. TIAGO MACIEIRINHA, “O direito de propriedade na Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in: *Revista O Direito*, Ano 146.º, (2014), I, Almedina, Coimbra, (2014), pp. 76-77; no mesmo sentido, *Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)*, *Pressos Companhia Naviera S. A.*, n.º 31; *Gratzinger e Gratzingerova*, n.º 73, *Jantner*, n.º 29-33, *Marckx*, n.º 63, *Kotov*, n.º 90, *Stran Greek Refineries and Straits Andreadis*, n.º 61.

fação das necessidades colectivas dos cidadãos da Região Administrativa Especial de Macau.

Neste âmbito temático, a questão que se coloca é a de saber se a posição doutrinal acima preconizada - a distribuição dinâmica do ónus da prova que impende sobre os casinos de Macau, traduzido no encargo processual de provar que a liquidação do imposto devido à Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, emergente da determinação quantitativa das outstanding chips é excessivo – passa no teste da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)<sup>70</sup>.

A resposta não pode deixar de ser afirmativa.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade, que nas últimas décadas obteve assinalável reconhecimento na teoria e na prática do controlo de constitucionalidade<sup>71/72</sup> consiste em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Estas três máximas exprimem a ideia de optimização<sup>73/74</sup>.

Na verdade, os princípios como mandados de optimização, requerem a optimização relativamente àquilo que seja factual e juridicamente possível<sup>75</sup>. Os subprincípios da adequação e da necessidade referem-se à optimização quanto às possibilidades factuais existentes (no caso concreto, cabe perfeitamente na esfera da disponibilidade fáctica dos casinos - exacta ou aproximada - a determinação quantitativa das outstanding chips para efeitos de liquidação do imposto devido).

<sup>70</sup> Na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, (1985), 6ª Ed., Frankfurt, Suhrkamp, (2011), pp. 75-77.

<sup>71</sup> Ver, na doutrina norte-americana, ALEC STONE/JUD MATHEWS, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, n.º 47, (2008), pp. 72-164.

<sup>72</sup> Ver, na doutrina norte-americana, DAVID M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, (2004), pp. 34-49.

<sup>73</sup> Sobre o constitucionalismo norte-americano, ver, na doutrina norte-americana, LOUIS SEIDMANN, *Never Mind the Constitution; On Constitution Disobedience*, New York, N.Y., Oxford University, 2012, pp. 12-35.

<sup>74</sup> Sobre o constitucionalismo norte-americano, ver, na doutrina norte-americana, JEREMY WALDRON, *Book Review Never Mind the Constitution; On Constitution Disobedience*, in: *Harvard Law Review*, Volume 127, (2014), pp. 1151 e ss.

<sup>75</sup> Ver, ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, (2002), pp. 47-49.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito refere-se à optimização quanto às possibilidades jurídicas existentes (no caso concreto, o regime jurídico do jogo e aposta e do crédito para jogo estão suficientemente sedimentados no ordenamento jurídico da Região Administrativa Especial de Macau).

Por conseguinte, a solução normativa preconizada - a distribuição dinâmica do ónus da prova que impende sobre os casinos de Macau, traduzido no encargo processual de provar que a liquidação do imposto devido à Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, emergente da determinação quantitativa das outstanding chips é excessivo – passa no teste da proporcionalidade.

De tal facto se infere que, a referida solução normativa é adequada (porque não exclui a adopção de meios que impeçam a realização de pelo menos um princípio) e é necessária (porque os meios acima adoptados atingem o seu objectivo até certo grau).

A significar, igualmente, que a dita solução normativa está recoberta pelo manto diáfano da proporcionalidade em sentido estrito. Vejamos em que matizes repousa essa asserção.

Na verdade, a ponderação é o objecto do terceiro subprincípio da proporcionalidade, ou seja, da proporcionalidade em sentido estrito. Este subprincípio exprime, como acima se acenou, a ponderação sobre as possibilidades jurídicas existentes<sup>76</sup>. Corresponde a uma máxima que pode ser designada como “Lei da Ponderação”<sup>77</sup>. Esta máxima diz: “Quanto maior for o grau de não realização ou de afectação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio colidente”; e, no âmbito daquela (a Lei da Ponderação) a “Fórmula do Peso” (Weight Formula) define o peso específico de cada um dos princípios colidentes<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Em recente publicação portuguesa, ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, tradução por Paulo Pereira Gouveia, in: *Revista O Direito*, Ano 146.º, (2014), IV, Almedina, Coimbra, (2015), p. 821.

<sup>77</sup> ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 102.

<sup>78</sup> ROBERT ALEXY, “The Weight Formula”, in: *Frontiers of Economics Analysis of Law – Studies in the Philosophy of Law*, 3, Cracow, Jagiellonian University Press, (2007), pp. 9-27; ROBERT ALEXY, *Theory of Constitutional Rights*, cit., pp. 97-99; na língua alemã, ROBERT ALEXY, “Die Gewichtsformel”, in: *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Verlag, Köln, (2003), 771-792.

No caso concreto, a “Lei da Ponderação” e a “Fórmula do Peso” (apta à subsunção no caso das outstanding chips)<sup>79</sup> determinam que o princípio prevalecente (a sustentabilidade económico-financeira da Fazenda Nacional de Macau e a dignidade humana dos seus cidadãos, consubstanciada através do recebimento completo dos impostos devidos pela indústria do jogo) cauciona (e legítima) jurídico-constitucionalmente a solução normativa da distribuição dinâmica do ónus da prova que, no âmbito do Gaming e das Outstanding Chips, impende sobre os casinos.

Porquanto, nestes casos difíceis (hard cases)<sup>80</sup> interessa determinar as consequências jurídicas da solução normativa daí emergente<sup>81</sup> e a forma como os tribunais devem actuar em face dos hard cases<sup>82</sup>, que assumem,

<sup>79</sup> Por essa razão, entende-se que “a Fórmula do Peso está intrinsecamente ligada ao discurso jurídico. Ela exprime uma forma argumentativa básica do discurso jurídico”; por isso, ela é ligada “à Fórmula da Subsunção como a única forma argumentativa básica do discurso jurídico”; neste preciso sentido, em língua inglesa, ROBERT ALEXY, “On Balancing and Subsumption”, in: *Ratio Juris*, n.º 16, (2003), pp. 433-448; ROBERT ALEXY, *On the Nature of Legal Principles, Archives for Philosophy of Law*, vol. Supl. 119, Franz Steiner & Nomos, (2010), pp. 9-18; ROBERT ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, Clarendon Press, (1989), pp. 221-230; em língua alemã, monograficamente, ERNST-WOLFGANG BÖCKENFORDE, “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur Gegenwartige Lage der Grundrechtesdogmatik”, in: *Böckenförde, Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, (1991), pp. 188-190; ROBERT ALEXY, *Theorie der Juristischen Argumentation*, (1978), 6ª Ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, (2008), pp. 273-283.

<sup>80</sup> Sobre o tema, na doutrina norte-americana, RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*, (1997), pp. 81 e ss; AHRON BARAK, *The Judge in a Democracy*, (2006), pp. 13 e ss.

<sup>81</sup> O Direito encontra o seu *ponto gravitacional na actividade judicial*; tudo se resume a saber, portanto, 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), p. 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.

<sup>82</sup> Para uma panorâmica geral da forma como os juízes pensam, na doutrina norte-americana, RICHARD POSNER, *How judges think*, (2008), que refere a p. 13, “*que as filosofias judiciais são ou racionalizações para decisões tomadas por outros fundamentos ou armas retóricas*”; com muito interesse, defendendo no âmbito jurídico-constitucional norte-americano, o *minimalismo*, CASS SUNSTEIN, *Radicals on Robes*, (2005), *passim*; para uma crítica acerba à posição doutrinal de CASS SUNSTEIN, v., na doutrina norte-americana, RONALD DWORKIN, “Looking for Cass Sunstein”, in: *The New York Review of Books*, (2009), 56.

assim, uma importância precípua do ponto de vista do pragmatismo jurídico (legal pragmatism)<sup>83</sup>.

Breve, preconiza o pragmatismo jurídico (legal pragmatism), cuja aplicação subscrevemos (somente) nos casos difíceis (hard cases), que as consequências e os resultados práticos das decisões judiciais, em relação ao caso concreto, como ao sistema como um todo, devem ser o factor decisivo na actuação dos tribunais<sup>84</sup>.

No caso concreto, a distribuição dinâmica do ónus da prova que impende sobre os casinos de Macau, traduzido no encargo processual de provar que a liquidação do imposto devido à Fazenda Nacional da Região Administrativa Especial de Macau, emergente da determinação quantitativa das outstanding chips é excessivo; é jurídico-constitucionalmente sustentável.

A significar que, em sede do framework originalism<sup>85</sup>, esse é o original meaning da norma constitucional que canoniza o princípio da dignidade da pessoa humana dos cidadãos da Região Administrativa Especial de Macau (art.º 30.º, da Lei Básica de Macau) – pois é o recebimento completo e regular das receitas fiscais que a operacionaliza –; na medida em que “the interpreters must be faithful to the original meaning of the constitutional text and the principles that underlie the text”<sup>86</sup>; sendo essa a razão pela qual autorizada doutrina norte – americana refere que “there are benefits that are hard or impossible to quantify (such as human dignity)”<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Ainda que, muito recentemente, a doutrina norte-americana, se bem que no âmbito do (aceso e ancestral) debate doutrinal entre HART-DWORKIN, profetize o “*fim da jurisprudência*”; SCOTT HERSHOVITZ, “The End of Jurisprudence”, in: *Yale Law Journal*, January-February 2015, Volume 124, N.º 4, (2015), (882-1345).

<sup>84</sup> Sobre este debate, na doutrina norte-americana, RICHARD POSNER, *Law, pragmatism and democracy*, (2003), *passim*; JULES COLEMAN, *The practice of principle: in defence of a pragmatic approach to legal theory*, (2001), *passim*.

<sup>85</sup> Na doutrina norte-americana, JACK M. BALKIN, “Framework Originalism and The Living Constitution”, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Research Paper n.º 82, in: *Yale Law Journal*, February 2008, (2008), p. 4.

<sup>86</sup> JACK M. BALKIN, “Framework Originalism and The Living Constitution”, *cit.*, p. 4; JACK M. BALKIN, “The New Originalism and The Uses of History”, in: *Fordham Law Review*, Vol. 82 (2013), p. 647.

<sup>87</sup> Na doutrina norte-americana, CASS R. SUNSTEIN, “The Real World of Cost-Benefits Analysis: Thirty-Six Questions (and almost as many answers)”, in: *Columbia Law Review*, January 2014, Volume 114, Number 1, (2014), p. 177.

