

終審法院

TRIBUNAL DE ÚLTIMA INSTÂNCIA

第69/2022 號案

Processo n.º 69/2022

澳門特別行政區終審法院合議庭裁判

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

一、概述

檢察院針對中級法院在第248/2021號刑事上訴案件中作出的合議庭裁判向終審法院提起統一司法見解的非常上訴，理由是該合議庭裁判在同一法律範疇內就同一法律問題與中級法院在第580/2013號刑事上訴案中所作的合議庭裁判互相對立。

檢察院認為，中級法院在上述兩宗案件中均就在本澳經營娛樂場幸運博彩的公司是否屬於《刑法典》第336條第2款c項中所指的“以專營制度經營業務之公司”及其工作人員是否等同於公務員的問題表明了立場，作出了明顯對立的裁決。

透過2022年6月8日的合議庭裁判，本終審法院決定上訴程序繼續進行，因為已具備終審法院作出統一司法見解裁判的所有前提條件。

檢察院根據《刑事訴訟法典》第424條第1款的規定遞交理由陳述，認為應定出如下統一之司法見解：

「根據第16/2001號法律、相關之行政長官批示及批給合同，澳門經營娛樂場幸運博彩的公司非為《刑法典》第336條第2款c)項中所指之“以專營制度經營業務之公司”，其工作人員不等同於公務員。」

本院按照《司法組織綱要法》第46條第2款所指的方式組成合議庭，並已作出檢閱，現予以審理及裁決。

二、理據

(一) 本案卷中載有如下內容：

- 在第248/2021號刑事上訴案件中，被告因觸犯《刑法典》第340條第1款結合第336條第2款c項所規定及處罰的公務上之侵佔罪而被初級法院判處3年6個月徒刑。被告向中級法院提起上訴，經審理，該院認為不應適用公務員的概念，故不以公務上之侵佔罪作出處罰，改判被告觸犯了濫用信任罪。

1. Relatório

O Ministério Público interpõe para o Tribunal de Última Instância recurso extraordinário para fixação de jurisprudência do acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância nos autos de recurso penal n.º 248/2021, alegando que este acórdão está em oposição, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão de direito, com o acórdão proferido pelo Tribunal de Segunda Instância nos autos de recurso penal n.º 580/2013.

Na tese do Ministério Público, em ambos os processos supra mencionados o Tribunal de Segunda Instância se pronunciou sobre a questão de saber se as sociedades comerciais que exploram jogos de fortuna ou azar em casino de Macau são “sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo” para efeitos do artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal e se os seus trabalhadores são equiparados ao funcionário, tendo proferido acórdãos em sentidos manifestamente opostos.

Por acórdão de 8 de Junho de 2022, este Tribunal de Última Instância determinou o prosseguimento do recurso, por se verificarem todos os pressupostos para o Tribunal de Última Instância proferir acórdão para fixação de jurisprudência.

O Ministério Público apresentou, nos termos do artigo 424.º, n.º 1 do Código de Processo Penal, as suas alegações, entendendo que devia ser fixada jurisprudência no seguinte sentido:

“De acordo com a Lei n.º 16/2001, os respectivos despachos do Chefe do Executivo e os contratos de concessão, as sociedades que exploram jogos de fortuna ou azar em casino de Macau não são ‘sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo’ para efeitos do art.º 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal e os seus trabalhadores não são equiparados ao funcionário.”

Tendo sido constituído o Colectivo, com a formação referida no n.º 2 do artigo 46.º da Lei de Bases da Organização Judiciária, e corridos os vistos, cumpre apreciar e decidir.

2. Fundamentos

(1) Constata-se nos presentes autos o seguinte:

- Nos autos de recurso penal n.º 248/2021, o arguido foi condenado pelo Tribunal Judicial de Base pela prática do crime de peculato p.p. pelo artigo 340.º, n.º 1 do Código Penal, conjugado com o artigo 336.º, n.º 2, al. c), na pena de 3 anos e 6 meses de prisão. O arguido recorreu para o Tribunal de Segunda Instância que, conhecendo do recurso, considerou que não era aplicável o conceito de funcionário, pelo que o arguido não devia ser punido pelo crime de peculato, convolvando assim o crime de peculato para o crime de abuso de confiança.

在現被上訴的合議庭裁判中，中級法院指出：“根據第16/2001號法律第7條第2款配合第26/2002號行政長官批示，自2002年2月8日起，經營娛樂場幸運博彩已批給予三間公司。因此，威尼斯人澳門股份有限公司並非經營娛樂場幸運博彩之單一經營的公司，不符合《刑法典》第336條第2款c)項的專營公司概念，而博彩公司的職員亦並不符合《刑法典》第336條所規定的公務員的概念”。

- 在第580/2013號刑事上訴案中，檢察院指控被告觸犯了《刑法典》第340條第1款及第336條第2款c)項所規定及處罰的公務上之侵佔罪，初級法院則判其觸犯了《刑法典》第199條所規定及處罰的濫用信任罪。案件上訴至中級法院，該院認為，“像在賭場做莊荷的本案的上訴人，根據《刑法典》第336條的規定，應該被列入準公務員的行列，那麼，其所實施的在賭場的盜竊行為屬於檢察院所控告的《刑法典》第340條第1款及第336條第2款c)項所規定及處罰的公務上之侵佔罪”，故依職權改判被告觸犯了公務上之侵佔罪。

在作為本上訴理據的合議庭裁判（第580/2013號案件）中，中級法院引用了該院2013年11月22日在第260/2010號合議庭裁判中發表的見解，並在裁判摘要中寫到：“第16/2001號法律規定的博彩制度仍然維持原有法律（第6/82/M號法律）所規定的博彩專營制度，其職員就符合《刑法典》第336條所指的準公務員”。

由此可見，關於在澳門娛樂場內經營幸運博彩的公司是否屬《刑法典》第336條第2款c)項所指的專營公司以及相關公司職員是否符合該條款所規定的公務員概念的問題，涉案的兩個中級法院裁判作出了截然不同的決定，採用了互相對立的解決辦法。

(二) 本上訴案要解決的問題是，在澳門娛樂場內經營幸運博彩的公司是否屬於《刑法典》第336條第2款c)項所指的專營公司，該等公司的工作人員是否應被視為該條款所述的公務員。

《刑法典》第336條規定如下：

“第三百三十六條
(公務員之概念)

一、為著本法典之規定之效力，「公務員」一詞包括：

a) 公共行政工作人員或其他公法人之工作人員；

No acórdão ora recorrido, o Tribunal de Segunda Instância deixou consignado que: “nos termos do artigo 7.º, n.º 2 da Lei n.º 16/2001, conjugado com o Despacho do Chefe do Executivo n.º 26/2002, a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino foi concedida a três empresas a partir de 8 de Fevereiro de 2002. Portanto, a Venetian Macau, S.A. não é a única sociedade comercial que explora jogos de fortuna ou azar em casino, não preenchendo o conceito de concessionária previsto no artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal, e de modo igual, os trabalhadores das sociedades de jogos também não se enquadram no conceito de funcionário previsto no artigo 336.º do Código Penal”.

- Nos autos de recurso penal n.º 580/2013, o arguido foi acusado pelo Ministério Público da prática do crime de peculato p.p. pelos artigos 340.º, n.º 1 e 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal e condenado pelo Tribunal Judicial de Base pela prática do crime de abuso de confiança p.p. pelo artigo 199.º do Código Penal. Interposto recurso para o Tribunal de Segunda Instância, este veio a entender que: “o recorrente dos presentes autos, como croupier de casino, deve ser equiparado ao funcionário nos termos do artigo 336.º do Código Penal de Macau, assim, os actos de furto por ele praticados no casino integram o crime de peculato p.p. pelos artigos 340.º, n.º 1 e 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal, de que foi acusado pelo Ministério Público”, pelo que convolou oficiosamente o crime de abuso de confiança para o crime de peculato.

No acórdão que serviu de fundamento do presente recurso (processo n.º 580/2013), o Tribunal de Segunda Instância citou a jurisprudência do acórdão do Processo n.º 260/2010, de 22 de Novembro de 2013, fazendo consignar no sumário o seguinte: “o regime de jogos regulado pela Lei n.º 16/2001 manteve o regime de exclusivo estipulado pela lei antiga (Lei n.º 6/82/M), sendo os seus trabalhadores equiparados ao funcionário por força do artigo 336.º do Código Penal”.

Assim, sobre a questão de saber se as sociedades que exploram jogos de fortuna ou azar em casino de Macau são sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo previstas no artigo 336.º n.º 2 al. c) do Código Penal e se os seus trabalhadores são equiparados ao funcionário, os dois acórdãos do Tribunal de Segunda Instância em causa tomaram decisões totalmente diferentes, tendo adoptado soluções opostas.

(2) No presente recurso põe-se a questão de saber se as sociedades comerciais que exploram jogos de fortuna ou azar em casino de Macau são sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo previstas no artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal e se os trabalhadores dessas sociedades são equiparados ao funcionário à luz da disposição supracitada.

Dispõe o artigo 336.º do Código Penal o seguinte:

“Artigo 336.º
(Conceito de funcionário)

1. Para efeitos do disposto no presente Código, a expressão funcionário abrange:

a) O trabalhador da administração pública ou de outras pessoas colectivas públicas;

b) 為其他公共權力服務之工作人員；

c) 在收取報酬或無償下，因己意或因有義務，而不論係臨時或暫時從事、參與從事或協助從事屬公共行政職能或審判職能之活動之人。

二、下列者等同於公務員：

a) 總督及政務司、立法會議員、諮詢會委員、法院及檢察院之司法官、反貪污暨反行政違法性高級專員及市政機關據位人；

b) 本地區官方董事及政府代表；

c) 公營企業、公共資本企業、公共資本占多數出資額之企業，以及公共事業之特許企業、公共財產之特許企業或以專營制度經營業務之公司等之行政管理機關、監察機關或其他性質之機關之據位人，以及該等企業或公司之工作人員。”

顯而易見，《刑法典》第336條所規定的公務員的概念是為刑法效力而特別訂定的，並非普通的公共行政部門公務員的概念，兩者並不相同；前者比後者所涵蓋的範圍更廣，包括了“公共行政工作人員或其他公法人之工作人員”以及法律明文規定的其他人員。

按照現行《澳門公共行政工作人員通則》第2條第1款的規定，“為本法規之效力，公務員及服務人員均視為公共行政工作人員”。

從《刑法典》第336條第2款c項的規定可知，“以專營制度經營業務之公司”的行政管理機關、監察機關或其他性質機關的據位人以及工作人員“等同於公務員”。

關於刑法上的公務員概念，理論學說認為它具有“單純規範性，顯然區別於非刑法規範為行政法目的而採用的概念，極大地超越了這個特定範疇”。同時還指出，“為刑法目的而擴張公務員的概念與職務的理念密切相關，而非與行政人員的身份這種形式性密切相關，因為一例如根據NÉLSO HUNGRIA的觀點——‘公務員的概念並非衍生自當局的概念，而是衍生自公共職務的概念，而公共職務應該是指任何旨在直接滿足一項公共需求或需要的國家活動’……”¹

b) O trabalhador ao serviço de outros poderes públicos;

c) Quem, mesmo provisória ou temporariamente, mediante remuneração ou a título gratuito, voluntária ou obrigatoriamente, tiver sido chamado a desempenhar ou a participar ou colaborar no desempenho de uma actividade compreendida na função pública administrativa ou jurisdicional.

2. Ao funcionário são equiparados:

a) O Governador e Secretários-Adjuntos, os Deputados à Assembleia Legislativa, os vogais do Conselho Consultivo, os magistrados judiciais e do Ministério Público, o Alto-Comissário contra a Corrupção e a Ilegalidade Administrativa e os titulares dos órgãos municipais;

b) Os administradores por parte do Território e os delegados do Governo;

c) Os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de empresas públicas, de empresas de capitais públicos ou com participação maioritária de capital público, bem como de empresas concessionárias de serviços ou bens públicos ou de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo.”

Ora, é evidente que o conceito de funcionário previsto no artigo 336.º do Código Penal é estabelecido exclusivamente para efeitos penais, que não equivale ao conceito de funcionário da Administração Pública em geral, diferenciando-se um do outro. Aquele tem um leque mais vasto do que este, incluindo “os trabalhadores da Administração Pública ou das demais pessoas colectivas públicas”, bem como outras pessoas expressamente previstas na lei.

Nos termos do artigo 2.º, n.º 1 do Estatuto dos Trabalhadores da Administração Pública de Macau ora vigente, “Para efeitos do presente diploma consideram-se trabalhadores da Administração Pública os funcionários e agentes”.

À luz do artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal, “ao funcionário são equiparados” os titulares dos órgãos de administração, de fiscalização ou de outra natureza e os trabalhadores de “sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo”.

No que diz respeito ao conceito de funcionário para efeitos penais, a doutrina entende que o mesmo assume-se “com carácter meramente normativo, e que não coincide, obviamente, com o conceito adoptado por diplomas extra-penais para fins administrativos, indo significativamente mais além desse específico círculo”. E salienta que, “tal alargamento da noção de funcionário para fins penais está intimamente ligado à ideia de função que não ao formalismo que anda associado à qualidade de agente administrativo, já que – e na opinião, por exemplo, de NÉLSO HUNGRIA –, ‘o conceito de funcionário público já não deriva do da autoridade, mas do de função pública, e por função pública se deve entender qualquer actividade do Estado que visa directamente à satisfação de uma necessidade ou conveniência pública’……”¹

¹ Manuel Leal-Henriques著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第六冊，2018年，第392頁。

¹ Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*, Volume VI, 2018, pág. 392.

在本案中爭議的焦點是，根據第16/2001號法律及相關補充法規（尤其是第26/2001號行政法規）而獲得在澳門娛樂場內經營幸運博彩批給的公司是否仍屬“以專營制度經營業務之公司”。如是，則該等公司的工作人員“等同於公務員”，反之則不然。

（三）眾所周知，澳門的娛樂場幸運博彩活動由來已久。

澳門政府於1961年7月頒佈第1496號立法性法規，決定將已合法化的幸運博彩經公開競投方式批給專人承辦。當時由港澳商人組成的新公司參與競投並獲得經營娛樂場（和舖票、山票及白鴿票）的專營權。該新專營公司於1962年註冊並取名為「澳門旅遊娛樂有限公司」（簡稱「澳娛」）。「澳娛」的第一間娛樂場「新花園娛樂場」於同年開幕，從此展開長達40年的幸運博彩專營事業。

「在回歸之前，澳門社會已對回歸後實行賭權開放的可行性作了多次不同層面的討論及研究。事實上，澳葡政府也曾為打破幸運博彩的專營局面作過考慮和準備。其中立法會於1986年通過的第10/86/M號法律中已規定“按照特別准照制度批給的最多數目為3個”。

.....

2001年8月，澳門立法會通過開放博彩業的第16/2001號法律，即《娛樂場幸運博彩經營法律制度》，就批給制度、經營條件、競投及承批公司的經營模式、股東與管理人員資格、博彩稅等主要項目作出了原則性的規定。澳門特區政府決定待「澳娛」的幸運博彩專營合約於2001年12月31日期滿後，批出3份承批合約，為澳門經濟發展注入新的動力及長遠持續發展打下堅固基礎，貫徹澳門特區政府“以博彩旅遊業為龍頭、以服務業為主體，其他行業協調發展”的施政方向。

.....

作為對第16/2001號法律的補充，於2001年10月26日行政長官何厚鏞簽署了第26/2001號行政法規，即《規範經營娛樂場幸

Está em causa nos presentes autos a questão de saber se as sociedades comerciais que obtiveram a concessão para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino de Macau por força da Lei n.º 16/2001 e dos respectivos diplomas complementares (nomeadamente o Regulamento Administrativo n.º 26/2001) continuam a ser “sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo”. Se a resposta for positiva, então os trabalhadores dessas sociedades “são equiparados ao funcionário”. Caso contrário, já não podem ser equiparados.

(3) Como se sabe, as actividades de jogos de fortuna ou azar em casino de Macau têm uma longa história.

O Governo de Macau promulgou o Diploma Legislativo n.º 1496 em Julho de 1961, decidindo conceder, através de concurso público, a exploração dos jogos de fortuna ou azar já legalizadas a pessoas designadas. Uma companhia então recém-formada por comerciantes de Macau e Hong Kong candidatou-se e saiu vencedora, ficando permitida a explorar, em regime de exclusivo, casinos (e a venda das lotarias “Pou”, “Shan” e “Pacápio”). Esta nova sociedade concessionária foi registada em 1962, tendo adoptado a firma de Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (S.T.D.M., abreviadamente). Com a abertura do seu primeiro casino, o Casino Estoril, no mesmo ano, tal empresa deu o seu primeiro passo para os seus 40 anos dedicados à exploração, em exclusivo, de jogos de fortuna ou azar.

«A viabilidade da liberalização da indústria de jogo e as questões relativas à sua prática foram alvo de grande discussão e de estudos nas mais variadas perspectivas, até 1999. Na verdade, a Administração Portuguesa chegou mesmo a estudar e a preparar as vias para dar termo ao monopólio verificado quanto aos jogos de fortuna ou azar. Eis como exemplo a Lei n.º 10/86/M, aprovado pela Assembleia Legislativa em 1986, que limitava a três o número máximo de licenças a conceder.

.....

Em Agosto de 2001, a Assembleia Legislativa de Macau aprovou a Lei n.º 16/2001, que define o “Regime Jurídico de Exploração de Jogos de Fortuna ou Azar em Casino”, na qual se estipulam normas de princípio sobre o regime das concessões, os requisitos operacionais, o método adoptado para o concurso e as formas de exploração por parte das concessionárias, a idoneidade dos accionistas e do corpo administrativo, o imposto sobre os jogos, etc. Assim, o Governo da RAEM decidiu atribuir três contratos de concessão ao caducar o contrato de monopólio celebrado com a S.T.D.M., a 31 de Dezembro de 2001, para gerar uma nova dinâmica na indústria do jogo e criar condições sólidas para o seu futuro desenvolvimento reforçando, desta forma, a orientação política do Governo da Região Administrativa Especial de Macau: O turismo e os jogos como indústrias preponderantes, os serviços como sujeito e outros sectores como apoiantes, coordenando-se entre si, fomentam o desenvolvimento.

.....

Em 26 de Outubro de 2001, o Chefe do Executivo, Edmund Ho Hau Wa, assinou o Regulamento Administrativo n.º 26/2001, em complemento da Lei n.º 16/2001, no qual se estabelece a regulamentação do concurso público para a atribuição de concessões para a exploração de jogos de fortuna

運博彩的公開競投、批給合同，以及參與競投公司和承批公司的適當資格和財力要件》，具體地規定了整個競投程序。

2001年12月31日，由於未能如期批出3份博彩批給合約，澳門唯一持有博彩專營權的「澳門旅遊娛樂有限公司」，於午夜12時後，獲延續經營期3個月。

2002年2月8日，澳門特區政府宣佈競投結果，將娛樂場幸運博彩經營權批給原「澳門旅遊娛樂有限公司」新組成的「澳門博彩股份有限公司」（簡稱「澳博」）、「銀河娛樂場股份有限公司」（簡稱「銀河」）及「永利渡假村（澳門）股份有限公司」（簡稱「永利」）。特區政府分別於2002年3月28日、6月24日及6月26日與「澳博」、「永利」及「銀河」簽署《澳門特別行政區娛樂場幸運博彩或其他方式的博彩經營批給合同》。於同年12月，特區政府與「銀河」就雙方所簽的合約進行了修改。主要是就「銀河」與「威尼斯人集團」（簡稱「威尼斯人」）的合作關係起了變化及「威尼斯人」獲准以「銀河」旗下的“轉批給”方式在澳門經營幸運博彩業進行修改。其後，「澳博」及「永利」亦先後於2005年4月20日及2006年9月8日各自與「美高梅金殿超濠股份有限公司」（簡稱「美高梅」）及「新濠博亞博彩（澳門）股份有限公司」（簡稱「新濠博亞」）簽訂了轉批給合同。²

簡言之，自1962年開始，在長達40年的時間裡，在澳門娛樂場內的幸運博彩業務一直由「澳門旅遊娛樂有限公司」以專營方式經營。

2002年2月8日，澳門特區政府宣佈競投結果，將娛樂場內幸運博彩經營權批給三間公司（其後擴大至六間公司），結束了一間公司獨家經營的局面。

（四）目前在澳門特別行政區經營娛樂場幸運博彩之法律制度由第16/2001號法律予以規範，該法律廢止了訂立在澳門地區經營幸運博彩之批給的法律制度的第6/82/M號法律（經第10/86/M號法律修改）。

根據第6/82/M號法律第3條的規定，“幸運博彩的經營永遠事先受批給的限制”，並且只允許在與經營有關的地方及場所進行幸運博彩。

關於批給制度，第5條有如下規定：

“一、幸運博彩的經營，其批給得以專營制度或特別准照制度行之。

二、按照特別准照制度批給的最多數目為三個。

ou azar em casino, do contrato de concessão e dos requisitos de idoneidade e capacidade financeira das concorrentes e das concessionárias. Este regulamento definiu concretamente o procedimento do concurso para a atribuição das concessões.

Às 24H00 do dia 31 de Dezembro de 2001, o contrato de exploração em exclusivo atribuído à S.T.D.M. foi prorrogado por mais 3 meses, uma vez que não foi possível concluir o processo de atribuição das novas concessões no prazo previsto.

A 8 de Fevereiro de 2002, o Governo da Região Administrativa Especial de Macau, anunciou os resultados do concurso, tendo as concessões sido atribuídas à Sociedade de Jogos de Macau (“SJM”) recém formada pela S.T.D.M., à Galaxy Casino, S.A. (“Galaxy”) e à Wynn Resorts (Macau) S.A. (“Wynn”). Os contratos de concessão celebrados entre o Governo e as concessionárias foram assinados nos dias 28 de Março e 24 e 26 de Junho, respectivamente. Em Dezembro desse mesmo ano, foi efectuada uma alteração ao Contrato de Concessão do Casino Galaxy S.A., na qual foi permitida à Venetian Macau S.A. (“Venetian”) explorar jogos de fortuna ou azar em Macau, mediante subconcessão. Na sequência da autorização da primeira subconcessão, a SJM e a Wynn vieram também a assinar contratos de subconcessão com a MGM Grand Paradise, S.A. (“MGM”) e a Melco PBL Jogos (Macau), S.A. (“Melco PBL”), respectivamente a 20 de Abril de 2005 e a 8 de Setembro de 2006.»²

Em suma, desde 1962, as actividades de jogos de fortuna ou azar em casino de Macau têm sido exploradas pela “STDM” em regime de exclusivo, durante cerca de 40 anos.

Em 8 de Fevereiro de 2002, o Governo da RAEM anunciou o resultado do concurso público, concedendo o direito à exploração de jogos de fortuna ou azar em casino a três empresas (posteriormente alargadas a seis empresas), pondo fim à exploração de jogos por uma única empresa.

(4) Actualmente o regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar na RAEM é definido pela Lei n.º 16/2001, a qual revogou a Lei n.º 6/82/M (alterada pela Lei n.º 10/86/M), que regulava o regime jurídico das concessões para exploração de jogos de fortuna ou azar no território de Macau.

De acordo com o artigo 3.º da Lei n.º 6/82/M, “a exploração de jogos de fortuna ou azar é sempre condicionada a prévia concessão”, sendo que a prática de jogos de fortuna ou azar só é permitida nos locais e recintos afectos à sua exploração.

No que concerne ao regime das concessões, dispõe o artigo 5.º o seguinte:

“1. As concessões para exploração de jogos de fortuna ou azar podem ser efectuadas em regime de exclusivo ou de licença especial.

2. É de três o número máximo de concessões segundo o regime de licença especial.

² 參閱博彩監察協調局網頁所載有關“澳門博彩業歷史”的資料，當中就“博彩專營制度”及“回歸後之賭權開放”作了介紹。

² Cfr. as informações sobre a “História da indústria de jogos de Macau”; constantes da página electrónica da Direcção de Inspeção e Coordenação de Jogos da RAEM, onde se fez um resumo sobre o “O Monopólio da Indústria do Jogo” e a “Liberalização do Jogo depois da Transição”.

三、……。

四、……。”

同時，“批給係以合約方式為之”（第6條第1款）。

由此可見，經第10/86/M號法律修改的第6/82/M號法律規定了兩種不同的批給制度，一為專營制度，二為特別准照制度，按照該制度批給的最多數目為三個³。

應該指出的是，澳門政府從未按照特別准照制度作出批給，而是按照專營制度將幸運博彩業務的經營權批給了「澳門旅遊娛樂有限公司」，該公司為唯一持有博彩經營權的公司。

另一方面，根據經第7/2022號法律修改的第16/2001號法律第3條第1款的規定，“澳門特別行政區保有娛樂場幸運博彩的經營權，其他實體經營該博彩，必須經事先批給”。

第16/2001號法律第7條則規定：

“第七條
批給制度

一、澳門特別行政區保有娛樂場幸運博彩的經營權，僅可在澳門特別行政區設立並獲得批給的股份有限公司行使，而有關批給按照本法律規定以行政合同訂定。

二、經營娛樂場幸運博彩的批給數目最多為六個。

三、禁止以任何名義將娛樂場幸運博彩的經營權設定負擔，全部或部分移轉或讓與第三人，又或將構成承批公司與娛樂場幸運博彩有關的法定權利和義務或批給合同地位部分移轉或讓與第三人。”

從上述不同的法律規定中可以看到，無論是新制度還是舊制度，在娛樂場內幸運博彩的經營權均是由澳門政府以批給的方式交由在澳門設立的公司行使，但有關批給制度方面的規定則不同。

與第6/82/M號法律有別，第16/2001號法律並未明確規定不同的批給制度，既未提及專營制度，亦未提及特別准照制度，僅

3. ...

4. ...”

Por outro lado, “as concessões revestem a forma de contrato” (artigo 6.º, n.º 1).

Daí se vê que, a Lei n.º 6/82/M, alterada pela Lei n.º 10/86/M, estabelecia dois regimes distintos para as concessões, designadamente os de exclusivo e de licença especial, sendo que o número máximo de concessões segundo este último regime é de três.³

É de notar que, o Governo de Macau nunca efectuou concessões em regime de licença especial. Antes pelo contrário, chegou a fazê-lo em regime de exclusivo, tendo concedido a exploração de jogos de fortuna ou azar à STDM, que era a única sociedade comercial detentora do direito à exploração de jogos.

Por outro lado, de acordo com o artigo 3.º, n.º 1 da Lei n.º 16/2001, alterada pela Lei n.º 7/2022, “o direito à exploração de jogos de fortuna ou azar em casino é reservado à Região Administrativa Especial de Macau, sujeitando-se a concessão prévia as demais entidades que explorem jogos de fortuna ou azar”.

Estipula o artigo 7.º da Lei n.º 16/2001 o seguinte:

“Artigo 7.º

Regime das concessões

1. O direito à exploração de jogos de fortuna ou azar em casino é reservado à Região Administrativa Especial de Macau e só pode ser exercido por sociedades anónimas nela constituídas, às quais haja sido atribuída uma concessão mediante contrato administrativo, nos termos da presente lei.

2. É de seis o número máximo de concessões para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino.

3. São proibidas, a qualquer título, a oneração, a transmissão ou cessão, total ou parcial, para terceiro, do direito de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, ou ainda, a transmissão ou cessão parcial, para terceiro, dos direitos e obrigações legais no âmbito dos jogos de fortuna ou azar em casino constituídos para as concessionárias ou da sua posição contratual de concessão.”

Da conjugação das várias disposições legais acima transcritas resulta que, quer ao abrigo do regime antigo, quer ao abrigo do regime novo, o direito à exploração de jogos de fortuna ou azar em casino é atribuído pelo Governo de Macau, através de concessão, a sociedades constituídas em Macau, distinguindo-se apenas quanto ao regime das concessões.

Diferentemente do que acontecia com a Lei n.º 6/82/M, a Lei n.º 16/2001 não prevê de forma expressa vários regimes distintos de concessão, nem faz referência ao regime de exclusivo ou

³ 按照未經修改的第6/82/M號法律的規定，最多數目為四個。

³ De acordo com a versão da Lei n.º 6/82/M, antes das alterações, o número máximo de concessão segundo o regime de licença especial era de quatro.

指出在娛樂場內經營幸運博彩的批給按照第16/2001號法律的規定以行政合同訂定，且批給數目最多為六個⁴。

那麼，在有關經營娛樂場幸運博彩的新制度中，是否仍沿用之前的專營批給這一傳統模式呢？

關於第16/2001號法律，特區政府在提交法律草案的理由陳述中指出：

「在制定第6/82/M號法律之前，經營幸運博彩的批給法律制度主要是載於一九六一年七月四日第1496號立法性法規，該法規對於在澳門開設幸運博彩作了規範。該法規其後於一九六四年十二月五日經第1649號立法性法規修訂。

上述一九六一年七月四日第1496號立法性法規第五條規定，「幸運博彩的經營視乎是否對旅遊業及本省的利益更為有利而透過有限或無限制的公開競投，以專營制度批給依法成立且具信用保證的企業或被認為有足夠償付能力的實體」。

根據上述法規第五條及同一法規的第二條，「自一九六五年一月一日起只允許在本省開設的娛樂場內進行幸運博彩，但在該日之前，如經省總督核准，亦可在承批人作相同用途的樓宇或場地內進行」。這明確了幸運博彩的批給在本地法律體系中的性質。第6/82/M號法律對此亦予以確認及重申予以肯定。

換言之，經營幸運博彩業務並非是視為私人經濟活動，而是公共經濟範疇內一項有所保留的活動，但這只是一種相對的保留，因為幸運博彩的經營可以透過批給行政合同制度由私人開展。

一九六一年的立法者還訂定了經營幸運博彩法律制度的另一個核心問題，「就是經營幸運博彩的批給須透過專營制度作出」。

第6/82/M號法律仍維持上述制度，但允許以特別准照制度批給幸運博彩的經營，不過，實際上在執行中從未採用過這種方式。因此，自第1496號立法性法規生效後，在澳門經營幸運博彩均以專營制度批給。

de licença especial, estabelecendo apenas que a concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino é feita mediante contrato administrativo, nos termos da Lei n.º 16/2001, e que o número máximo de concessões é de seis⁴.

Ora, será que no novo regime de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, continua a seguir o modelo tradicional de concessão em regime de exclusivo?

No que respeita à Lei n.º 16/2001, o Governo da RAEM deixou consignado na Nota Justificativa da Proposta da Lei o seguinte:

«Anteriormente à Lei n.º 6/82/M, a sede principal do regime jurídico das concessões, para a exploração dos jogos de fortuna ou azar constava do Diploma Legislativo n.º 1496, de 4 de Julho de 1961, que regulamentou o estabelecimento de jogos de fortuna ou azar em Macau, alterado posteriormente pelo Diploma Legislativo n.º 1649, de 5 de Dezembro de 1964.

O Diploma Legislativo n.º 1496, de 4 de Julho de 1961, determinava, no artigo 5.º que “a concessão para a exploração de jogos de fortuna ou azar efectuar-se-á em regime de exclusivo e mediante concurso público, limitado ou não, conforme for julgado mais vantajoso aos interesses do turismo e da província, a empresas legalmente constituídas e de garantido crédito, ou a entidades de reconhecida solvabilidade”.

O texto daquele artigo 5.º, conjugado com o do artigo 2.º, do mesmo diploma legal, que estipulava que “a partir de 1 de Janeiro de 1965, a prática de jogos de fortuna ou azar só será permitida no casino ou casinos que na Província vierem a construir-se, podendo, até ao dia anterior àquela data, fazer-se uso dos edifícios e locais que, para tal fim, e mediante oportuna aprovação do Governador da Província, vierem a ser destinados pelo concessionário” e veio esclarecer no ordenamento local a natureza da concessão de jogos de fortuna ou azar que foi confirmada e reafirmada pela Lei n.º 6/82/M.

Isto é, que a actividade da exploração de jogos de fortuna ou azar era admitida não como uma actividade económica privada, mas antes, e em consequência, como uma reserva de iniciativa económica pública; reserva todavia relativa, já que se admite que a exploração dos jogos de fortuna ou azar seja prosseguida, através do regime do contrato administrativo de concessão, por particulares.

O legislador de 1961 determinou ainda outro aspecto nuclear do regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar: “a concessão para a exploração de jogos de fortuna ou azar efectuar-se-á em regime de exclusivo”.

Esta opção foi mantida pela Lei n.º 6/82/M, ainda que, igualmente, tenha aberto a possibilidade das concessões serem efectuadas em regime de licença especial, modalidade que nunca chegou a conhecer execução. Assim, em Macau, a concessão para a exploração de jogos de fortuna ou azar efectua-se, desde o Diploma Legislativo n.º 1496, em regime de exclusivo.

⁴ 按照未經修改的第16/2001號法律的規定，「經營娛樂場幸運博彩之批給至多為三個」。

⁴ De acordo com a versão da Lei n.º 16/2001 antes das alterações, “é de três o número máximo de concessões para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino”.

鑑於目前以專營制度經營幸運博彩的批給合同期間將屆滿，政府考慮到特區在該範疇的最大利益，認為須修訂有關的法律規定，引入一些修改以確保未來博彩業在特區能持續穩健發展。

這正是特區政府建議及提交這個新法律制度的目的。

經營幸運博彩新法律制度的其中一個革新之處，就是終止了在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度，而引入市場的開放。⁵

在立法會引介該法案時，時任經濟財政司司長亦表示，在新的法律制度中“有一個革新，就是對幸運博彩將會終止專營而且會引入一個市場開放的概念”。⁶

審議《幸運博彩經營法律制度》法案的臨時委員會出具了意見書，表示“接納政府所提出的修改幸運博彩經營法律制度的理由”，指出“本地的博彩業正處於一個轉變的關鍵時刻，導致博彩業轉變的因素有許多”，其中之一是“以專營方式經營的該行業的傳統模式已是不合時宜”，重申“經營幸運博彩新法律制度的其中一個變革之處，就是終止了在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度（自一九六一年起），而引入市場的開放”。

由此可見，立法者通過第16/2001號法律就在澳門娛樂場內幸運博彩業務的經營制定新的法律制度，對之前生效的法律框架進行更新並使之現代化，旨在改變已不合時宜的以專營方式經營的傳統模式，開放市場，引入競爭，以確保博彩業的持續穩健發展。

立法者明確指出，新法律制度的變革之一，就是終止在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度。

Com o aproximar do termo da vigência do presente contrato de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar em regime de exclusivo, entende o Governo que os superiores interesses da Região no sector justificam que se proceda a uma revisão da disciplina legal que permita introduzir as alterações que possam garantir no futuro um desenvolvimento contínuo e sustentado da indústria do jogo na Região.

É esse o sentido do novo regime jurídico que é agora apresentado e proposto pelo Governo da Região.

Um dos aspectos inovadores do novo regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar é a liberalização introduzida no sector, colocando-se um fim ao regime de exclusivo que até agora tem caracterizado a exploração da indústria dos jogos de fortuna ou azar em Macau.»⁵

Ao fazer a apresentação da proposta da lei na Assembleia Legislativa, o então Secretário para a Economia e Finanças afirmou também que, no novo regime jurídico, foi introduzida “uma nova inovação, que é cessar a exclusividade de jogos de fortuna ou azar e introduzir um novo conceito de abertura do mercado”.⁶

A Comissão eventual para a apreciação da proposta de Lei relativa ao Regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar emitiu o parecer, afirmando que “acolhe as razões apresentadas pelo Governo para justificar a alteração do regime jurídico da exploração dos jogos de fortuna ou azar”, referindo que “o sector do jogo local vive um momento decisivo na sua evolução, para o qual contribuem diversos factores”, um dos quais é “o esgotamento do modelo tradicional de exploração do sector, baseado num exclusivo de exploração”, e reiterando que “um dos aspectos inovadores do novo regime jurídico da exploração de jogos de fortuna ou azar é a liberalização introduzida no sector, colocando-se um fim ao regime de exclusivo que até agora [e desde 1961] tem caracterizado a exploração da indústria dos jogos de fortuna ou azar em Macau”.

Daí se constata que, através da Lei n.º 16/2001, o legislador introduziu um novo regime jurídico para a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino de Macau, tendo actualizado e modernizado o quadro jurídico anteriormente vigente, com o intuito de alterar o modelo tradicional já desactualizado da exclusividade, libertar o mercado e introduzir concorrência, para garantir o desenvolvimento sustentável e constante da indústria do jogo.

O legislador deixou claro que uma das alterações do novo regime jurídico consiste em acabar com o regime de exclusivo que tinha sido aplicado para a exploração de jogos de fortuna ou azar em Macau.

⁵ 詳見澳門特別行政區立法會網站登載的第16/2001號法律的理由陳述。

⁶ 《澳門特別行政區立法會會刊》，第一組，第16/2001期，第9頁及第10頁。

⁵ Cfr. a Nota Justificativa da Proposta da Lei n.º 16/2001 constante da página electrónica da Assembleia Legislativa.

⁶ Diário da Assembleia Legislativa da Região Administrativa Especial de Macau, Série I, n.º 16/2001, págs. 9 e 10.

值得注意的是，在之前與澳門旅遊娛樂股份有限公司所簽訂的合同中，一直沿用幸運博彩“專營”批給的表述，明確該公司是以“專營制度”在澳門經營博彩業。⁷

但在澳門特別行政區分別於2002年3月及6月與獲得批給的三間公司（「澳博」、「銀河」及「永利」）所簽訂的博彩經營批給合同中，已不再使用“專營”的用語，也未見有關“專營”的條款。⁸

另一方面，在澳門特別行政區與澳門賽馬股份有限公司及澳門逸園賽狗股份有限公司簽訂的相關合同中，則一直沿用專營批給合同的表述⁹，顯示在賽馬及賽狗方面，有關的經營權仍是以專營的方式批出。

由此可知，在澳門特別行政區進行的博彩經營（賽馬及賽狗）仍然存在專營批給的方式，專營制度會在相關合同中明確載明。

那麼，在娛樂場內之幸運博彩方面的情況又是如何呢？

（五）在現被上訴的第248/2021號合議庭裁判中，中級法院認為，在新的法律框架下，由於娛樂場幸運博彩的經營已批給予三間公司，故有關承批公司“並非經營娛樂場幸運博彩之單

De notar que, nos contratos anteriormente assinados com a STDM, tem sido utilizada a expressão de concessão do “exclusivo” dos jogos de fortuna ou azar, deixando claro que era em “regime de exclusivo” que a sociedade explorava os jogos em Macau.⁷

No entanto, nos contratos de concessão da exploração de jogos celebrados entre a RAEM e as três concessionárias (“SJM”, “Galaxy” e “Wynn”) em Março e Junho de 2002 respectivamente, o termo “exclusivo” deixou de ser utilizado e não se vê qualquer cláusula respeitante ao “exclusivo”.⁸

Por outro lado, nos respectivos contratos celebrados entre a RAEM e a Companhia de Corridas de Cavalos de Macau, S.A., e a Companhia de Corridas de Galgos Macau (Yat Yuen), S.A., tem sido adoptada a expressão de contrato de concessão do exclusivo⁹, o que demonstra que em termos de corridas de cavalos e galgos, o respectivo direito à exploração continua a ser concedido em regime de exclusivo.

Daí resulta que, na exploração dos jogos (corridas de cavalos e galgos) na RAEM, continua a ser aplicado o modelo de concessão do exclusivo, sendo que o regime de exclusivo está expressamente mencionado no respectivo contrato.

Então, qual será a situação de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino?

(5) No acórdão ora recorrido proferido no Processo n.º 248/2021 ora recorrido, o Tribunal de Segunda Instância entendeu que, no novo quadro jurídico, uma vez que a exploração de jogos

⁷ 參見刊登於《澳門政府公報》1976年4月28日第17期第二副刊、1983年1月15日第3期、1986年10月13日第41期、1987年1月19日第3期、1997年7月30日第31期第二組及《澳門特別行政區公報》2000年1月12日第2期第二組的澳門政府與澳門旅遊娛樂有限公司簽訂的幸運博彩專營之修改或/及附加合同。

⁸ 參見刊登於《澳門特別行政區公報》2002年4月3日第14期第二組副刊及2002年7月3日第27期第二組副刊的澳門特別行政區與承批公司簽訂的博彩經營批給合同。

⁹ 詳見相關的批給及延長批給期限合同，其中在刊登於《澳門特別行政區公報》2017年2月8日第6期第二組的延長經營賽狗專營批給合同的修改公證合同的摘錄中明確寫明澳門特別行政區與澳門逸園賽狗股份有限公司同意延長澳門逸園賽狗股份有限公司經營賽狗專營批給合同期限，由2017年1月1日開始至2018年7月20日止；刊登於2019年1月16日第3期第二組、2018年4月11日第15期第二組、2017年9月6日第36期第二組、2015年9月30日第39期第二組、2005年9月7日第36期第二組、2004年9月8日第36期第二組的延長及/或修改經營賽馬專營批給合同。

⁷ Cfr. as alterações e os aditamentos ao contrato de concessão do exclusivo dos jogos de fortuna ou azar que o governo e a STDM acordaram, publicados no B.O. de Macau n.º 17, 2º suplemento, de 28/04/1976, B.O. de Macau n.º 3, de 15/01/1983, B.O. de Macau n.º 41, de 13/10/1986, B.O. de Macau n.º 3, de 19/01/1987, B.O. de Macau n.º 31, II série, de 30/07/1997 e no B.O. da RAEM, n.º 2, II série, de 12/01/2000.

⁸ Cfr. os contratos de concessão para a exploração de jogos de fortuna ou azar, celebrado entre a RAEM e as concessionárias, publicados no B.O. da RAEM, n.º 14, II série, suplemento, de 03/04/2002, e B.O. da RAEM n.º 27, II série, suplemento, de 03/07/2002.

⁹ Cfr. os respectivos contratos de concessão e de prorrogação do prazo da concessão, entre os quais, escreve-se expressamente, no extracto da Prorrogação do contrato de Concessão para a Exploração, em Regime de Exclusivo, das Corridas de Galgos, publicado no B.O. da RAEM, n.º 6, II série, de 08/02/2017, que, a RAEM e a Companhia de Corridas de Galgos Macau (Yat Yuen), S.A. acordaram na prorrogação do contrato de concessão para a Exploração, em Regime de Exclusivo, das Corridas de Galgos, com início em 1 de Janeiro de 2017 e termina em 20 de Julho de 2018; os contratos da prorrogação do prazo e alteração do contrato de concessão do exclusivo da exploração de corridas de cavalos publicados no B.O. da RAEM, n.º 3, II série, de 16/01/2019, B.O. da RAEM n.º 15, II série, de 11/04/2018, B.O. da RAEM n.º 36, II série, de 6 de Setembro de 2017, B.O. da RAEM n.º 39, II série, de 30/09/2015, B.O. da RAEM n.º 36, II série, de 07/09/2005 e no B.O. da RAEM n.º 36, II série, de 08/09/2004.

一經營的公司，不符合《刑法典》第336條第2款c項的專營公司概念”。換言之，專營意味著“單一經營”，即由一間公司專門經營。

而在作為上訴依據的第580/2013號合議庭裁判（以及檢察院指出的持相同司法見解的中級法院第260/2010號及第1009/2018號合議庭裁判）中，中級法院則持不同見解，認為博彩經營批給牌照的數量並非判斷承批公司是否專營公司的決定性因素，發出多於一個的牌照並不等於博彩業經營已經進入了真正的自由化；既然不是自由化，那麼還是保留了專營的性質。

首先，有必要清晰專營的概念。

問題是，使用“專營”一詞是否就意味著相關批給是一項適用法律上的獨家經營制度的批給。

在Diogo Freitas do Amaral¹⁰看來，“（……）博彩經營是某個公法人所作批給的標的。私人有權從事其之前被禁止從事的某項活動，即成為某項專營權的主人。（……）”

因此，從這個意義上說，與可由私人自由從事和開展的經濟活動相反，專營所涉及的是一項依法只能由國家從事的活動。

Oliveira Ascensão及Menezes Cordeiro亦持相同觀點：“國家之所以保有幸運博彩的專營權，然後再將其批給具備適當資格的公司，並從中獲得各種好處，是因為這種經營模式具有公共利益，旨在實現一項公共目標或在公共實體的職責範圍之內。（……）”¹¹

由此可以得出結論，只要私人被允許從事其之前被禁止從事的某項活動，那麼便構成專營，但不妨礙相關批給可能會具有或多或少的特殊性。

de fortuna ou azar em casino foi concedida a três empresas, as respectivas concessionárias já “não são sociedades que exploram em exclusivo os jogos de fortuna ou azar em casino, não se mostrando enquadráveis no conceito de sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo previsto no artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal”. Por outras palavras, o exclusivo implica a “exploração monopolista”, ou seja, a exploração é exclusivamente efectuada por uma única empresa.

E no acórdão do Processo n.º 580/2013 que serve de fundamento ao recurso (e nos acórdãos do Tribunal de Segunda Instância proferidos nos Processos n.ºs 260/2010 e 1009/2018, referidos pelo Ministério Público, que seguiram a mesma jurisprudência), o Tribunal de Segunda Instância adoptou uma solução diferente, afirmando que o número das licenças de concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar não é factor decisivo para determinar se a concessionária é uma sociedade que explora actividades em regime de exclusivo e a emissão de mais de uma licença não implica que a exploração de jogos tenha entrado numa verdadeira liberalização; ora, não havendo liberalização, a natureza do exclusivo mantém-se.

Antes de mais nada, é necessário esclarecer o conceito de exclusivo.

Está em causa saber se a referência a “exclusivo” implica uma concessão que envolva um regime de monopólio de direito.

Para Diogo Freitas do Amaral¹⁰, “(...) a exploração do jogo é objecto de uma concessão por parte de uma pessoa colectiva de direito público. O particular fica com o direito de exercer uma actividade que lhe estava vedada, isto é, fica senhor de um exclusivo. (...)”

Neste sentido, o exclusivo referir-se-ia, portanto, ao facto de estar em causa uma actividade legalmente reservada ao Estado por contraposição a uma actividade económica de livre acesso e desenvolvimento por particulares.

No mesmo sentido, Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro apontam que “Se o Estado se reserva o exclusivo da exploração de jogos de fortuna ou azar e a concede, depois, a empresas a quem exige especiais qualificações de idoneidade, retirando, do facto, benefícios vários, é porque tal exploração, nesses moldes, tem interesse público, visa um fim público ou redundam em atribuição do ente público. (...)”¹¹

Donde se poderia concluir que existiria exclusivo sempre que o particular ficasse com o direito de exercer uma actividade que anteriormente lhe estava vedada, sem prejuízo da maior ou menor especificidade da concessão em causa.

¹⁰ 見Diogo Freitas do Amaral著：《Estudos de Direito Público e Matérias Afins》，第一冊，《O Caso do Tamariz》，第418頁。

¹¹ 見Oliveira Ascensão及Menezes Cordeiro合著《Das Concessões de Zonas de Jogo》，第64頁，轉載自Diogo Freitas do Amaral及Lino Torgal合著《Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração, Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato》，第534頁。

¹⁰ Diogo Freitas do Amaral, *Estudos de Direito Público e Matérias Afins*, Volume I, *O Caso do Tamariz*, pág. 418.

¹¹ Oliveira Ascensão e Menezes Cordeiro, *Das Concessões de Zonas de Jogo*, pág. 64, *apud* Diogo Freitas do Amaral e Lino Torgal, *Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração, Concessão de exploração dos jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato*, pág. 534.

這種解釋最終實際上將“專營制度”歸結及弱化為技術上的批給的概念，即私人被授予暫時從事某項公共利益活動的資格。¹²

概而言之，就刑事效力而言，（通過批給）經營一項主要謀求公共利益的業務的公司的工作人員等同於公務員。

這或許是最為符合立法者制定《刑法典》第336條第2款c項的規定時的意圖的解釋，因為通常而言涉及較大“公共利益”的批給都是通過專營制度作出¹³。

但是，鑒於合法性原則和罪刑法定原則，我們對這種解釋的可接受性持有嚴重保留。

誠然，可以說Marcello Caetano與Diogo Freitas do Amaral相似，將服務專營¹⁴（因涉及一項由國家保有的經濟活動）與法定獨家經營或法律上的獨家經營予以區別對待¹⁵。

¹² 見Diogo Freitas do Amaral與Lino Torgal合著：《Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração, Concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato》，第533頁及第534頁。

¹³ 在澳門特別行政區，這種情況可以在第3/90/M號法律第2條及第23條或第28/81/M號法令（現已廢止）第1條第1款中得到驗證。Marcello Caetano也持相同的觀點，他指出：“批給行為通常包括給予承批人專營被批給活動的保證”。（見Marcello Caetano著：《Manual de Direito Administrativo》，第二冊，第1121頁）。

¹⁴ Marcello Caetano提及的是公共服務，但亦可完全適用於其他批給。

¹⁵ Marcello Caetano說：“關於經濟服務，最常見的是賦予服務專營權，也就是說，禁止私人經營同類型的業務。

當公共服務處於競爭中時，私人主動從事相同的業務是合法的。
（...）

嚴格來講，專營與法定獨家經營或法律上的獨家經營不同，後者包括對某些商品的生產或貿易的絕對專營權，以及禁止壟斷者以外的任何人出於任何目的進行相同的生產或商業活動，否則將處以刑事處罰。（...）

一般來說，法定獨家經營是概括性的，包括開展獨家經營活動的所有過程，以及在開展獨家經營活動時的所有領域。

與之相反，一般規則則，專營是特定的：公共鐵路運輸服務只包括這種運輸工具（鐵路軌道），儘管它可以使用的任何發動機（蒸汽機、重油機、電動...），不包括其他集體運輸工具，而個人運輸工具範圍則很自由。而且專營還可以更加特定 – 只包括使用電動發動機的鐵路運輸 – 不包括其他形式的動力。”（見Marcello Caetano著《Manual de Direito Administrativo》，第二冊，第10版，第1075頁、第1077頁及第1078頁）

Esta interpretação, na verdade, acaba por reconduzir e diluir o “regime de exclusivo” no conceito de concessão em sentido técnico, isto é, a habilitação de um privado ao exercício temporário de uma actividade de interesse público.¹²

Em suma, para efeitos penais seriam equiparados a funcionários públicos os trabalhadores das sociedades que explorassem (mediante concessão) uma actividade de primacial interesse público.

Porventura, será esta a interpretação que melhor se adequa à intenção do legislador quando configurou a disposição contida na alínea c) do n.º 2 do artigo 336.º do Código Penal, visto que geralmente as concessões de maior “interesse público” eram feitas em regime de exclusivo¹³.

Surgem-nos, no entanto, fundadas reservas quanto à sua admissibilidade em face dos princípios da legalidade e da tipicidade.

É certo que se poderia alegar que Marcello Caetano, em termos semelhantes a Diogo Freitas do Amaral, distingue o exclusivo do serviço¹⁴ (na medida em que dizia respeito a uma actividade económica reservada ao Estado) do monopólio legal ou de direito¹⁵.

¹² Diogo Freitas do Amaral e Lino Torgal, *Estudos sobre Concessões e outros Actos da Administração, Concessão de exploração dos jogos de fortuna ou azar: da prorrogação do prazo e outras alterações do contrato*, págs. 533 e 534.

¹³ Na RAEM pode constatar-se essa situação, por exemplo, dos artigos 2.º e 23.º da Lei n.º 3/90/M ou do artigo 1.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 28/81/M (já revogado). Nesse sentido, também, Marcello Caetano dizia “No acto de concessão inclui-se, por via de regra, a garantia dada ao concessionário do exclusivo da exploração da actividade concedida.” (Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, pág. 1121).

¹⁴ Marcello Caetano referia-se aos serviços públicos, mas é questão que é inteiramente transponível às demais concessões.

¹⁵ Dizia Marcello Caetano: “Quanto aos serviços económicos o mais frequente é a atribuição de exclusivo ao serviço, isto é, a proibição do exercício do mesmo tipo de actividades aos particulares.

Quando o serviço público vive em concorrência é lícito à iniciativa privada exercer a mesma actividade. (...)

O exclusivo distingue-se, em rigor, do monopólio legal ou de direito que consiste num exclusivo absoluto de produção ou de comércio de determinada mercadoria com proibição, imposta sob a cominação de sanções penais, a outrem que não o monopolista, de exercer as mesmas operações produtivas ou mercantis, seja a que título e com que destino for. (...)

O monopólio legal é, regra geral, genérico, compreendendo todos os processos de exercício da actividade monopolista e em toda a área onde esta deva ser exercida.

*Pelo contrário a regra é a de que o exclusivo seja específico: o serviço público de transporte ferroviário só abrange esse meio de transporte (viação sobre carris) embora possa utilizar qualquer motor (máquina a vapor, a óleos pesados, eléctrica...), não compreende outros meios de transporte colectivo, e deixa liberdade aos meios individuais. E pode ainda ser mais especificado – transporte ferroviário com motor eléctrico – o que já não abrangeria outras formas de energia motriz.” (Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição, págs. 1075, 1077 e 1078)*

然而，不能忽視的是，Marcello Caetano在不排除有更好理解的前提下，對在另一個層面提出的問題作出了審視：與受自由競爭規則約束的活動相反，可由國家（或政府）提供的經濟服務一般而言是基於法律而構成國家（或政府）的專營項目，但並不妨礙政府將其經營權批給第三方。

這並不是一個真正意義上的批給的經濟法律制度的問題。

這就解釋了為什麼該作者認為給予專營制度必然意味著在法律上獨家經營某項經濟活動。

實際上，Marcello Caetano在“專營批給”的問題上明確指出，“一般而言，批給行為中包含了給予承批人專營被批給活動的保證。這種保證在形式上表現為批給人負有不允許其他任何人從事已被批給之活動的義務。”¹⁶（下劃線由我們所加）

Marcello Caetano以一種更為清晰且不存任何疑問的方式指出，“批給的經濟法律制度就是（在我們的行政法以及專營合同中）被稱為專營，或特許專營）法律上的獨家經營。”¹⁷（下劃線由我們所加）

因此，不能將某項經濟活動的經營權通過法律保留給國家（或政府）—專屬國家（或政府）的活動—與國家（或政府）批准“以專營制度”經營某項經濟活動混為一談。

經引用並考慮以上學者的不同意見，以及中級法院就相關問題的不同見解，我們傾向於認為，在澳門娛樂場內之幸運博彩業的“專營”意指獨家經營。

根據維基百科所載，專營一般是指由政府授權商人獨家經營某些業務，在相關範疇內政府以立法或行政等方法確保沒有競爭者加入，條件是業者服務及利潤水平由政府管制。

即使有人認為專營是指須經政府批給，可由多間公司專門經營，但是從澳門博彩業的發展歷史來看，娛樂場內幸運博彩之

No entanto, não se pode perder de vista que nessa ocasião, ressaltando sempre melhor entendimento, Marcello Caetano examinava um problema que se colocava num patamar distinto: o facto dos serviços económicos que podem ser levados a cabo pelo Estado (ou Governo) constituírem na generalidade dos casos, por força da lei, um exclusivo do Estado (ou Governo), ao invés de actividades sujeitas às regras da livre concorrência, o que não obsta que o Governo conceda a sua exploração a terceiros.

Não estava aí em causa, propriamente, o regime jurídico -económico de uma concessão.

Assim se explica que o mesmo Autor entenda que a atribuição de um regime de exclusivo envolvia necessariamente um monopólio de direito na exploração de determinada actividade económica.

Com efeito, a propósito do “*exclusivo nas concessões*”, Marcello Caetano afirma expressamente que “*No acto de concessão inclui-se, por via de regra, a garantia dada ao concessionário do exclusivo da exploração da actividade concedida. Essa garantia toma a forma de uma obrigação assumida pelo concedente de não consentir a mais ninguém o exercício da actividade que haja sido objecto da concessão.*”¹⁶ (sublinhados nossos)

De forma ainda mais cristalina e sem oferecer margem para dúvidas, Marcello Caetano sustenta que “*O regime jurídico -económico da concessão é o monopólio de direito (designado, nas nossas leis administrativas e nos contratos, por exclusivo, ou privilégio exclusivo).*”¹⁷ (sublinhado nosso)

Por isso, não se pode confundir o facto de uma actividade económica ser reservada por lei ao Estado (ou Governo) – e, nesse sentido, exclusiva – com o facto de o Estado (ou Governo) atribuir a exploração de uma actividade económica “*em regime de exclusivo*”.

Tendo citado e ponderado nas diferentes posições dos autores supracitados e os diferentes entendimentos adoptados pelo Tribunal de Segunda Instância sobre a respectiva questão, inclinamo-nos a entender que o “exclusivo” da indústria dos jogos de fortuna ou azar em casino de Macau vai no sentido de exploração monopolista.

Segundo a Wikipédia, o exclusivo refere-se geralmente à exploração exclusiva de certas actividades por empresários autorizados pelo Governo, que por sua vez garante que não haja concorrentes na respectiva área através de meios legislativo ou administrativo, desde que o nível dos serviços e dos lucros das concessionárias seja controlado pelo Governo.

É certo que há quem entenda que o exclusivo se refere à obrigatoriedade de concessão de certa actividade pelo Governo, a qual pode ser explorada em exclusivo por várias empresas,

¹⁶ Marcello Caetano著《Manual de Direito Administrativo》，第二冊，第10版，第1121頁。

¹⁷ Marcello Caetano著《Estudos de Direito Administrativo, O Exclusivo da Carris de Ferro de Lisboa e as Cooperativas de Transportes Urbanos》，第56頁。

¹⁶ Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, Volume II, 10.ª edição, pág. 1121.

¹⁷ Marcello Caetano, *Estudos de Direito Administrativo, O Exclusivo da Carris de Ferro de Lisboa e as Cooperativas de Transportes Urbanos*, pág. 56.

經營在長達40年的期間內一直以專營的方式由一間公司獨家經營，故在一般人的眼中，在娛樂場內幸運博彩業的專營意味著獨家經營。

根據《民法典》第8條（法律解釋）第3款的規定，“在確定法律之意義及涵蓋範圍時，解釋者須推定立法者所制定之解決方案為最正確，且立法者懂得以適當文字表達其思想”。

基於上述考慮，我們認為，第6/82/M號法律中所述的“專營”是指一間公司的獨家經營，而非多家公司經過政府的特別批准而在娛樂場內經營幸運博彩的情況。

同時，在提交和審議第16/2001號法律草案的過程中，無論是政府代表還是立法會議員在提到終止專營（尤其是終止“在澳門經營幸運博彩業一直所採用的專營制度”）時，均清楚了解“專營”的含義，結束專營即意味著結束獨家在娛樂場內經營幸運博彩業的局面，引入競爭，以適應社會的變革，確保博彩業在澳門特別行政區的持續穩健發展。

另一方面，在舊的法律框架下，第6/82/M號法律第5條規定了兩種不同的批給制度，分別為專營制度及特別准照制度；如果按特別准照制度，則批給的數目最多為三個。

由此可知，專營制度有別於特別准照制度。

如果立法者規定了按特別准照制度批給牌照的最多數目，而對專營則未做任何規定，並且長期以來澳門政府僅批准一間公司在娛樂場內專營幸運博彩業務，那麼應該得出的結論是，立法者和政府所理解的並且在澳門長期沿用的專營模式即為獨家經營。

如果認為批給數目的多少對於界定是否專營並非決定性的因素，或者說，將在娛樂場內之幸運博彩經營權批給多於一間公司並不影響其專營性質，那麼立法者在第6/82/M號法律第5條規定兩種不同的批給制度就變得沒有實際意義了，因為在專營制度下也可以將經營權批給不同的公司，制定特別准照制度毫無意義。

根據第14/96/M號法律第1條的規定，“公共工程、公共服務、博彩經營、即發彩票及以專營制度經營活動的承批公司”每年必須公佈資產負債表、行政或管理報告及監事會或核數師的意見書。

porém, da história da evolução da indústria do jogo em Macau resulta que a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino pertencia sempre a uma única empresa em regime de exclusivo durante 40 anos, pelo que aos olhos de homem comum, o exclusivo de jogos de fortuna ou azar em casino significa exploração monopolista.

Nos termos do artigo 8.º, n.º 3 (Interpretação da lei) do Código Civil, “na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

Com base nas considerações supramencionadas, entendemos que o termo “exclusivo” utilizado na letra da Lei n.º 6/82/M se refere ao monopólio de exploração por uma única empresa, e não à exploração de jogos de fortuna ou azar em casino por várias sociedades mediante autorização especial do Governo.

Entretanto, no decorrer de apresentação e apreciação da Proposta da Lei n.º 16/2001, quer os representantes do Governo, quer os deputados à Assembleia Legislativa, ao se referirem à cessação do exclusivo (em particular, à extinção do “regime de exclusivo que tinha sido adoptado na exploração de jogos de fortuna ou azar em Macau”), tinham conhecimento perfeito do sentido de “exclusivo”, isto é, cessar o exclusivo significa extinguir o monopólio da exploração dos jogos de fortuna ou azar em casino por uma única empresa e introduzir concorrência, para se adaptar às mudanças sociais e garantir o desenvolvimento contínuo e constante da indústria dos jogos na RAEM.

Por outro lado, no quadro da lei antiga, o artigo 5.º da Lei n.º 6/82/M previa dois regimes distintos de concessões, o de exclusivo e o de licença especial; segundo o regime de licença especial, o número máximo de concessões era de três.

Daí que, o regime de exclusivo é distinto do regime da licença especial.

Se o legislador fixou o número máximo de concessões segundo o regime de licença especial, mas nada estipulou quanto ao exclusivo, e o Governo de Macau tinha vindo a conceder a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino a uma única sociedade, é de extrair a conclusão de que o modelo de exclusivo que tinha sido adoptado em Macau e no entendimento do legislador e do Governo, é o de exploração monopolista.

A entender-se que o número das concessões não é factor decisivo para determinar se se tratar do exclusivo, ou dito doutro modo, a entender-se que a concessão da exploração de jogos de fortuna ou azar em casino a mais de uma sociedade não prejudica a sua natureza de exclusivo, já não faria sentido que o legislador tivesse previsto dois regimes distintos de concessões no artigo 5.º da Lei n.º 6/82/M, já que, mesmo no regime de exclusivo, o direito à exploração também podia ser concedido a sociedades diferentes, não valendo a pena estabelecer o regime de licença especial.

Dispõe o artigo 1.º da Lei n.º 14/96/M que “as concessionárias de obras públicas, de serviços públicos e de exploração de jogos de fortuna ou azar, de lotarias instantâneas e, ainda, de actividades em regime de exclusivo” são obrigadas a publicar anualmente o balanço, o relatório da administração ou gerência e o parecer do conselho fiscal ou de auditor.

我們認為，立法者將“博彩經營”及“以專營制度經營活動”的承批公司並列，正是因為第6/82/M號法律第5條規定了兩種不同的批給制度，如果以特別准照制度作出批給則必然排除專營制度。

雖然澳門政府從未以特別准照制度就娛樂場幸運博彩的經營權作出批給，但從法律層面來看，立法者提供了這樣的可能性，政府可以採用這種方式，而非採用專營制度。

與之相類似，如果法律規定即發彩票的經營“得以專營制度批給”（第12/87/M號法律第3條第2款），並在序言中稱通過該法，“即發彩票的經營改為得以專營制度或非該制度的批給，以往只規定第一個方式的批給”，那麼認為相關活動因需要批給而屬於“專營制度”的說法就自相矛盾了。¹⁸

確立澳門公共工程及公共服務批給制度之基礎的第3/90/M號法律第2條在定義以下模式的批給時也提到了批給的經濟法律制度：

“a. 公共工程的批給——將不動產或供公眾使用的設施的建造權，透過給予專營權利，移轉與個別法人，由其自行負責及承擔風險；

b. 公共服務的批給——將滿足每人感受到的公共需要的適當工具，以專營方式移轉與個別法人，由其自行負責及承擔風險。”

在所有這些情況中，法律所指的都是批給在經濟法律上的經營：即是否給予法律上的獨家經營。

另外可以說，將“專營制度”弱化為批給的概念無法完美地回應澳門特區的批給中所呈現出的各種不同情況。

例如，在政府和澳門逸園賽狗股份有限公司之間簽訂的舊《澳門賽狗專營批給合同》第一條第一款中規定，“澳門逸園賽狗股份有限公司……根據於一九八六年一月開始生效的本合同

A nosso ver, foi justamente porque o artigo 5.º da Lei n.º 6/82/M previa dois regimes diferentes de concessões que o legislador pôs lado a lado as concessionárias que “explorem jogos de fortuna ou azar” e as concessionárias que “exploram actividades em regime de exclusivo”. A concessão em regime de licença especial exclui necessariamente o regime de exclusivo.

Embora o Governo de Macau nunca tenha concedido a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino em regime de licença especial, certo é que, partindo da perspectiva jurídica, o legislador facultou essa possibilidade, podendo o Governo adoptar esta forma ao invés do regime de exclusivo.

De forma semelhante, se a lei prevê que a exploração das lotarias instantâneas “pode ser concedida em regime de exclusivo” (artigo 3.º, n.º 2, da Lei n.º 12/87/M), vindo ainda a dizer-se no respectivo preâmbulo que se considera que com esta lei “a exploração de lotarias instantâneas passa a poder ser concedida em regime de exclusivo ou não, enquanto antes apenas se previa a primeira modalidade de concessão”, acabaria por afigurar-se contraditório sustentar que, afinal, está em causa uma actividade “em regime de exclusivo” por estar dependente de uma concessão¹⁸.

O artigo 2.º da Lei n.º 3/90/M, que estabelece as Bases do Regime das Concessões de Obras Públicas e Serviços Públicos em Macau também se refere ao regime jurídico-económico da concessão ao definir as concessões nos seguintes moldes:

“a) Por concessão de obras públicas, a transferência para outrem do poder de construir, por sua conta e risco, imóveis ou instalações destinadas ao uso público, mediante o direito de as explorar em exclusivo;

b) Por concessão de serviços públicos, a transferência para outrem do poder de, em exclusivo, explorar, por sua conta e risco, os meios adequados à satisfação de uma necessidade pública individualmente sentida.”

Em todas estas situações as leis parecem referir-se à exploração jurídico-económica da concessão: atribuição ou não de um monopólio de direito.

De resto, poderia dizer-se que a diluição da exploração “em regime de exclusivo” no conceito de concessão não responderia satisfatoriamente às diferentes situações que se verificam nas concessões da RAEM.

Por exemplo, do número um da cláusula primeira constante do antigo contrato de concessão da exploração de corridas de galgos em Macau entre o Governo e a Companhia de Corridas de Galgos Macau (Yat Yuen) SARL resultava que “A Companhia de Corridas de Galgos «Macau (Yat Yuen), Sociedade Anónima de Responsabilidade Limitada», ..., mantém a concessão em regime de exclusivo, da exploração de corridas de galgos de Macau, sob o sistema de lotarias e apostas mútuas,

¹⁸ 要注意的是，澳門特別行政區政府近期還根據批給合同和上述第13/92/M號法令的規定委任了一名駐榮興彩票有限公司的代表（第10/2022號行政長官批示），同樣的情況並沒有發生在幸運博彩承批公司身上。

¹⁸ Note-se, aliás, que ainda recentemente o Governo da RAEM nomeou o seu delegado junto da Sociedade de Lotarias Wing Hing, Limitada (Despacho do Chefe do Executivo n.º 10/2022) ao abrigo do contrato de concessão e do já mencionado Decreto-Lei n.º 13/92/M, situação que não se verifica junto das Sociedades concessionárias de jogos de fortuna ou azar.

的規定並按照其中確立的條件，維持以彩票及互相博彩方式的澳門賽狗經營權以專營制度的批給”。

與之相類似，在政府和澳門賽馬股份有限公司簽訂的批給合同中也可以看到，“澳門地區向澳門賽馬股份有限公司批給按照本合同確立的條件和規定經營賽馬的專營權”。

同樣，在政府與榮興彩票有限公司之間簽訂的批給合同第一條也規定，“榮興彩票有限公司按照本合同確立的條件和規定維持在澳門地區以專營制度批給中式彩票的經營權”¹⁹。

而在澳門特區和澳門彩票有限公司簽訂的合約的第一條第一款中則規定，“澳門特別行政區透過本合同以非專營制度方式向承批公司批給即發彩票及體育彩票—足球博彩及籃球博彩的組織及經營權”²⁰。

如果認為專營所涉及的是保留予政府並需要批給的活動，那麼只能得出在刑事效力方面以專營制度批給和以非專營制度批給之間不存在實質區別的結論，而這可能會損害《民法典》第8條第1款所要求的在解釋法律時必須遵守的法律制度一致性原則。

Manuel Leal-Henriques沒有對此進行深入展開，但注意到了這兩種批給在經濟法律制度上的不同，認為法律規定“以專營制度經營”旨在保護消費者的利益，保證有關業務的良好經營或保障公共利益，並最終指出“經營彩票或賽狗”正是《刑法典》第336條第2款c項結尾部分所規定情況的例子，但卻絲毫沒有提及幸運博彩承批公司。²¹

nos termos e com as condições estabelecidas no presente contrato que entra em vigor em um de Janeiro de mil novecentos e oitenta e seis.”

De forma semelhante, também resulta do contrato de concessão celebrado entre o Governo e a Companhia de Corridas de Cavalos de Macau S.A.R.L. que “*O Território de Macau concede à Companhia de Corridas de Cavalos de Macau, S.A.R.L., o exclusivo da exploração de corridas de cavalos, com as condições e nos termos estabelecidos neste contrato.*”

Igualmente, na cláusula primeira do contrato de concessão celebrado com a Sociedade de Lotarias Wing Hing, Limitada, é dito que “*A Sociedade de Lotarias Wing Hing, Limitada, mantém a concessão, em regime de exclusivo, da exploração no Território de Macau de Lotarias Chinesas, nos termos e com as condições estabelecidas no presente contrato.*”¹⁹

Ao passo que no Contrato que liga a RAEM à Sociedade de Lotarias e Apostas Mútuas de Macau, Limitada já se diz no número um da sua Cláusula Primeira que “*Pelo presente contrato, a Região Administrativa Especial de Macau concede, em regime de não exclusivo, à Concessionária a organização e exploração de Lotarias Instantâneas e das Lotarias Desportivas – Apostas de Futebol e Basquetebol.*”²⁰

A entender-se o exclusivo como reportando-se ao facto de ser uma actividade reservada ao Governo e dependente de uma concessão, teria de concluir-se que não haveria diferença substancial para efeitos penais entre uma concessão em regime de exclusivo e uma concessão em regime de não exclusivo, o que poderia afectar o princípio da unidade do sistema jurídico que é exigido no âmbito da interpretação pelo artigo 8.º, n.º 1 do Código Civil.

Sem desenvolvimentos mas notando estas diferenças no regime jurídico-económico das concessões, Manuel Leal-Henriques considera que a lei prevê a “exploração em regime de exclusivo” com intenção de proteger os interesses dos consumidores, de assegurar uma melhor exploração das actividades ou de acautelar o interesse público e acaba por dizer que a situação prevista na parte final da alínea c) do n.º 2 do artigo 336.º do Código Penal “*acontece, por exemplo, com a exploração de lotarias ou de corridas de galgos*”, omitindo qualquer referência às concessionárias de jogos de fortuna ou azar.²¹

¹⁹ 詳見刊登於《澳門公報》1990年9月24日第39期的修改專營批給合同摘要。

²⁰ 詳見刊登於《澳門特別行政區公報》2021年第23期第二組的修改即發彩票經營批給公證合同。最初是“以專營制度方式”批給，通過在1989年2月21日所簽訂的合同第一條第一款可以證明，其中規定“澳門地區以專營制度方式向承批公司批給即發彩票的組織及經營權”。

²¹ Manuel Leal-Henriques著《Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau》，第六冊，2018年，第400頁及第401頁。

¹⁹ Cfr. o extracto da revisão do contrato de concessão, em regime de exclusivo, publicado no Boletim Oficial de Macau, n.º 39, de 24 de Setembro de 1990.

²⁰ Cfr. a alteração ao contrato de concessão de exploração de lotarias instantâneas, publicada no Boletim Oficial da RAEM, n.º 23, II Série, Ano 2021. Inicialmente foi dado “em regime de exclusivo”; conforme se pode comprovar pela leitura do número um da cláusula primeira do contrato outorgado em 21 de Fevereiro de 1989, segundo o qual “o Território concede, em regime de exclusivo, à Concessionária a organização e exploração no território de Macau de lotarias instantâneas.”

²¹ Manuel Leal-Henriques, *Anotação e Comentário ao Código Penal de Macau*, Volume VI, 2018, págs. 400 e 401.

經綜合考慮，我們認為立法者通過第16/2001號法律對澳門娛樂場幸運博彩制度進行修改，其中之一項重大變革便是結束“專營”的傳統模式，故在該法律（及其他相關法例）的框架下，在娛樂場內之幸運博彩經營權不再是以專營的方式批出，而獲得批給的承批公司也不再是以專營的方式進行經營，不再屬於《刑法典》第336條第2款c項所指“以專營制度經營業務之公司”。

因此，承批公司的工作人員已不再具有等同於公務員的身份。

(六) 本具體案件

在現被上訴的第248/2021號合議庭裁判中，經審理被告提起的上訴，中級法院認為不應適用公務員的概念，對被告的行為不能適用《刑法典》第340條第1款結合第336條第2款c項所規定的公務上之侵佔罪作出處罰，依職權改判其觸犯了兩項《刑法典》第199條第4款b項所規定及處罰的相當巨額信任之濫用罪及兩項《刑法典》第199條第4款a項所規定及處罰的巨額信任之濫用罪，但維持初級法院對被告判處的3年6個月徒刑。

對上述有關不法行為的法律定性應予以維持。²²

三、決定

綜上所述，合議庭決定：

A) 裁定上訴勝訴，根據《刑事訴訟法典》第427條的規定，訂定如下對澳門特別行政區法院具強制力的司法見解：

「根據第16/2001號法律（以及相關之行政長官批示及批給合同），獲批在澳門特別行政區娛樂場內經營幸運博彩活動的公司並非《刑法典》第336條第2款c項中所指之“以專營制度經營業務之公司”，該等公司的工作人員不同於公務員。」

B) 維持被上訴的合議庭裁判。

C) 命令執行《刑事訴訟法典》第426條的規定。

無須繳納訴訟費用。

Após a ponderação sintética, somos a entender que, através da Lei n.º 16/2001, o legislador introduziu alterações ao regime de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino de Macau, sendo que uma das reformas mais significativa foi acabar com o modelo tradicional de “exclusivo”, razão pela qual, no quadro desta Lei (e das outras legislações relevantes), a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino deixou de ser concedida em regime de exclusivo e as concessionárias deixaram de explorar os jogos em regime de exclusivo, não constituindo, jamais, “sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo” previstas no artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal.

Nesta conformidade, os trabalhadores das concessionárias deixam de ser equiparados ao funcionário.

(6) O caso concreto

No acórdão do processo n.º 248/2021 ora recorrido, o Tribunal de Segunda Instância, tendo apreciado o recurso interposto pelo arguido, veio a entender que devido à inaplicabilidade do conceito de funcionário, o arguido não podia ser punido com o crime de peculato previsto pelo artigo 340.º, n.º 1 do Código Penal, conjugado com o artigo 336.º, n.º 2, al. c) do mesmo Código, pelo que convolou officiosamente a condenação para dois crimes de abuso de confiança de valor consideravelmente elevado p. e p. pelo artigo 199.º, n.º 4, al. b) do Código Penal e dois crimes de abuso de confiança de valor elevado p. e p. pelo artigo 199.º, n.º 4, al. a) do Código Penal, mantendo inalterada, porém, a pena de prisão de 3 anos e 6 meses aplicada ao arguido pelo Tribunal Judicial de Base.

É de manter a decisão respeitante à qualificação jurídica dos factos ilícitos.²²

3. Decisão

Face ao exposto, em conferência, acordam em:

A) Conceder provimento ao recurso e, nos termos do artigo 427.º do Código de Processo Penal, fixar a seguinte jurisprudência, obrigatória para os tribunais da RAEM:

«Ao abrigo da Lei n.º 16/2001 (e dos respectivos Despachos do Chefe do Executivo bem como dos contratos de concessão), as sociedades concessionárias de exploração de jogos de fortuna ou azar em casino da RAEM não são “sociedades que explorem actividades em regime de exclusivo”, para efeitos do artigo 336.º, n.º 2, al. c) do Código Penal e os seus trabalhadores não são equiparados ao funcionário.»

B) Manter o acórdão recorrido.

C) Ordenar o cumprimento do disposto no artigo 426.º do Código de Processo Penal.

Sem custas.

²² 有關具體判處的刑罰，本院不予審理（《刑事訴訟法典》第390條第1款f項）。

²² Não cabe apreciar as penas concretamente aplicadas (artigo 390.º, n.º 1, al. f) do Código de Processo Penal).

2023年2月15日

15 de Fevereiro de 2023

法官：宋敏莉（裁判書制作法官）

Juízes: Song Man Lei (Relatora)

司徒民正（本人之前簽名同意了中級法院在第 580/2013 號刑事上訴案的合議庭裁判中所採納的觀點。

José Maria Dias Azedo (Subscrevi o entendimento assumido no Acórdão pelo Tribunal de Segunda Instância prolatado no Autos de Recurso Penal n.º 580/2013.

經重新考慮各方就相互對立的觀點所提出的論據，同時結合相關“問題”的性質和效果，本人認同本合議庭裁判所作的裁決。）

Reponderando os argumentos apresentados a favor das posições em confronto, e não perdendo de vista a natureza e efeitos da “questão”, acompanho o decidido no douto Acórdão que antecede.)

岑浩輝

Sam Hou Fai

唐曉峰

Tong Hio Fong

蔡武彬（本人雖然曾經持有所簽署的作為上訴理據的判決的立場，但經過對上訴的問題的重新考慮後，現決定改變原立場而讚同本判決所確定的司法見解。）

Choi Mou Pan (Apesar de ter assumido a posição contida na decisão de fundamento, com a reponderação das questões levantadas no presente recurso, decido a alterar a posição anterior e adiro nos fundamentos e na decisão agora tomada do presente colectivo.)