

O tip-pooling nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: (Show me the money?)

DR. HUGO LUZ DOS SANTOS*

SUMÁRIO: I) Breve descrição da problemática da tip pooling nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM): o estado da arte na jurisprudência norte-americana. II) O tip pooling qualificado juridicamente como trust? III) A questão do dever de lealdade dos trustees e o direito à propriedade dos beneficiários do tip-pooling (artigo 6.º e artigo 103.º, da Lei Básica de Macau). IV) A criação do tip-pooling pelos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: apropriação ilegítima (taking)? A temática do enriquecimento sem causa por intervenção (artigo 467.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau; artigo 473.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e das regulações do dono: breves notas. V) O tip-pooling e o dano reputacional dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: relação de mútua implicação? – brevíssimas notas.

ABSTRACT: This scientific article collimates to the analysis of the legal framework of *gaming and betting* in Macau, mainly regarding the (*pressing*) question of “*tip-pooling*”. Based on this doctrinal article some ideas to resolve the issue of “*tip-pooling*” have been pointed out, recommending in particular the mobilization to the legal framework of *gaming and betting* contracts in casinos of Special Administrative Region of Macau, of the doctrinal categories of *unjust enrichment*; *owner’s regulation*; *constructive trust*; *gain based damages of casino employees*; and *reputational damage*.

KEYWORDS: *tip pooling*; *constructive trust*; *taking*; *unjust enrichment*; *owners regulation*; *restitution*; *gain based damages*; *reputational damage*; *Macau*, *Special Administrative Region (SAR)*; *casinos*.

* Magistrado do Ministério Público.

I) **Breve descrição da temática do *tip pooling* nos casinos da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM): o estado da arte na jurisprudência norte-americana****

Há dois anos, o Supremo Tribunal do Nevada (*Wynn Las Vegas, LLC v. Baldonado*, 311 P.3d 96 (2013)), emitiu um quintessencial aresto jurisprudencial, no quadrante temático que nos interpela: o *tip pooling*.

Mas em que consiste o *tip pooling*?

Na esmagadora maioria dos casinos, as *tips* (gratificações) que são dadas aos *dealers* são agregadas em *pools*. Tal prática tem sido justificada pelo facto de, desse modo, nenhum *gambler* (ou *casino patron*) ter vantagem competitiva sobre os restantes. Por conseguinte, as *tips* são agregadas de modo a que todos os *dealers* recebam *equal shares*, e, do mesmo passo, seja derrogado um eventual *bias*, no que se refere ao favorecimento deste ou daquele *high profile roller*.

Deste modo, o *tip pooling* consiste na divisão das *tips*, entre todos os *employees* do casino, referentes a um *dado lapso temporal*; a essa divisão das *tips*, realizada pelo *casino*, preside um critério de redistribuição, que, por sua vez, é precedido de um acordo entre os *employees* e o *employers* (*pooling arrangement*).

A questão (candente) que se coloca neste âmbito, é a de saber se a forma como os casinos dos Estados Unidos da América e de Macau, *captam*, *armazenam* e *redistribuem* esses montantes emergentes das *gratificações* (*tips*), sob a forma de *pools*, é considerada (ou não) uma *apropriação* (*taking*), e, por conseguinte, *ilegítima*. Retomaremos esta questão adiante.

Subsequentemente, e no caso concreto dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau, faz-se mister saber se a *redistribuição* dessas *gratificações* (*tips*), realizada pelos casinos, por todos os empregados dos casinos (*croupiers*, *casino table dealers*, *floor managers*, *pit bosses*, *floor men*, *box men*, *cashiers*, e os restantes funcionários que enformam a *man-power* do casino), está recoberta pelo manto diáfano da *justiça distributiva*; aqui reside a questão nodal que agasalha a questão o *tip-pooling*: os *casinos table dealers*, ganham anualmente dezenas de milhares de patacas em *gorjetas* (*tips*), além do seu vencimento mensal, e esse é o *motivo fundante* para trabalhar neste ou naquele casino.

Por conseguinte, deve este dinheiro ser previamente *cativado*, pelos casinos, em *pools*, e posteriormente *redistribuído* pelos restantes funcionários dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau?

A doutrina norte-americana, a propósito do *Wynn tip-pooling policy*, tem referido que “*per Nevada Revised Statute (“NRS”) § 608.160, it is illegal for*

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

employers to “take” tips from employees. A controversial new tip-sharing, or tip pooling, policy at Wynn Las Vegas has attracted much attention, and much debate, to tipping policies and the legal system’s role in enforcing them¹. Because of large amounts of money and the controversy surrounding tipping in casinos, the Nevada State Gaming Control Board and Nevada Gaming Commission should set regulations to govern tip pooling, particularly between table dealers and other positions that might be introduced into tip-pools. Not having these regulations in place could create bad policy by opening up the gaming industry to possible bribery and favoritism amongst casino employees, as well as allowing the possibility of illegitimate and illegal “takings” from casino employees by, their employers, which is banned under § 608.160”²⁻³.

Neste âmbito, o Supremo Tribunal do Nevada, no acórdão *Moen v. Las Vegas International Hotel, Inc*, 1975, apesar de considerar que é ilegal a apropriação (*taking*) das *tips* pelos proprietários dos casinos, não proibiu, contudo, a prática, realizada pelos *employers*, de *compilação* (*pools*) e ulterior *redistribuição* das *tips* pelos *employees*⁴.

¹ Ver, na doutrina norte-americana, CHRIS SIEROTY, “Wynn Tip Policy Said to Violate the Law”, in: *Las Vegas Review Journal*, Nevada, (2011), *passim*; LIZ BENSTON, “Caesars Palace Mulling Change on Dealer Tips”, in: *Las Vegas Sun*, June 14, (2010); KEVIN BLACKWOOD, *Casino Gambling for Dummies*, 76, (2006).

² Neste sentido, na doutrina norte-americana, KANDIS MCCLURE, “Tip-Pooling at Nevada Casinos – The case at the Wynn and why the Nevada State Gaming Commission should set strict regulations on tip-pooling to protect the rights of dealers, casinos, and the reputation of the Nevada Gaming Industry”, in: *UNLV Gaming Law Journal*, Vol. 5:81, Spring 2014, (2014), p. 82, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

³ Nos casinos, há, consabidamente, dois tipos de gratificação (*tips*). A este propósito, a doutrina norte-americana refere que “there are two common ways to tip the dealer. The first is by placing an extra bet in front of or on top of your bet during the game as well. The other give chips directly to the dealer as a gift while sitting at the table or upon leaving the table. There is a process at the end of a game where the player might ask the dealer to “color up” or to change out many chips with smaller dollar values for fewer chips with larger dollar values, which is also a common time to tip the dealer. The book lists a standard tip for a dealer as \$ 2-\$10 or \$25-\$100 for high rollers. These are explicitly suggested amounts and players commonly tip as they see fit. The book also warns new gamblers not to over-tip without realizing it, gamblers sometimes tip more than then win”; KEVIN BLACKWOOD, *Casino Gambling for Dummies*, *cit.*, pp. 76-78; KANDIS MCCLURE, “Tip-Pooling at Nevada Casinos”, *cit.*, p. 83.

⁴ Afirmou o Supremo Tribunal do Nevada (*Moen v. Las Vegas International Hotel, Inc*, 1975) que “The court recounted the legislative history behind NRS § 608.160, which made it illegal for employers to take tips from employees to then apply the tips towards the minimum wage requirements” (the court in *Moen* decided that the purpose of NRS § 608.160 was not to make tip-pooling illegal, but was to make the public and employers aware that tips belonged to the employees who were given the tip and not the management of the casino. The court concluded that the Nevada Legislature passed NRS § 608.160 to put and end to employers taking the tips of employees and found that posting a sign or otherwise was not adequate protection of the public against fraud. Moreover, the court held

Em *Alford v. Harolds Club*, 669 P.2d 721, 722 (Nev. 1983), Supremo Tribunal do Nevada debateu-se com a questão da obrigatoriedade (imposta pelo casino) de constituição do *tip-pooling* (*mandatory tip-pooling program*). A este propósito, o tribunal considerou que a *tip-pooling strategy* imposta pelo casino aos seus funcionários não consubstanciava uma violação do *Nevada Revised Statute* (“NRS”) § 608.160, uma vez que o casino não se estava a *apropriar* (*taking*) de quaisquer *tips* pertencentes aos *employees*⁵.

Em *Wynn Las Vegas, LLC v. Baldonado*, 311 P.3d 96 (2013), o Supremo Tribunal do Nevada, seguindo a *ratio decidendi* e o *same reasoning level* de *Moen e Alford*, decidiu que “*some level of benefit to the employer did not necessarily constitute a taking; because the Wynn paid out all the tips to employees in the tip-pool and did not keep any of the tips, therefore, there was no taking whatsoever*”.

Todavia, este marcante acórdão *Wynn Las Vegas, LLC v. Baldonado*, 311 P.3d 96 (2013), não resolveu a questão (acima sinalizada), no sentido de se saber se, atenta a *legalidade* da criação do (*mandatory*) *tip-pooling*, a *redistribuição* dos montantes emergentes das *tips*, precedida dos *pooling arrangements*, pelos restantes funcionários do casino (além dos *casino table dealers*), está agasalhada pelo manto da *justiça distributiva*. É essa temática que abordaremos nos próximos hemisférios temáticos.

II) O *tip pooling* qualificado juridicamente como *trust*?

A *sub-questão* que se *desdobra e autonomiza* da que acima se deixou antecipada, prende-se com a qualificação jurídica a conferir aos *tip poolings*: serão um *trust*?

Em qualquer caso, e de forma intercambial, terá de ser burilada, em primeiro lugar, a qualificação jurídica a conferir ao *tip-pooling*.

E essa polariza-se, a nosso ver, na qualificação jurídica do *tip-pooling* como *trust*, que *dispensa*, inclusive, a exigência de forma escrita para o seu *acto consti-*

that the legislature had passed NRS § 608.160 to ensure that no tips would be confiscated and applied to meet the employees “*minimum wage*”).

⁵ Porquanto, o Supremo Tribunal do Nevada em *Alford v. Harolds Club*, 669 P.2d 721, 722 (Nev. 1983), considerou que “*the intention of Nevada Revised Statute (“NRS”) § 608.160 was not to make tip-pools illegal nor to stop employers from making them company policy but, instead, to make sure that employers were not cutting themselves into the tip-pool or taking any of the tips from the employees for the benefit of the employer*”.

RDS VII (2015), 3/4, 673-691

tutivo⁶: a esta luz se compreende a importância precípua dos *constructive trusts*⁷, que não carece de formalidades especiais e é criado por exigências sistémicas⁸⁻⁹, cuja mobilização preconizamos no caso do *tip-pooling*, e que *infra* se abordará de forma mais detida.

Quanto aos *interesses dos beneficiários* sobre os bens constituídos em *trust*, o *tip-pooling* deve ser qualificado juridicamente como um *fixed trust*¹⁰.

Tradicionalmente, o *trust* tem uma estrutura interna *tripartida*: 1) *setlor*, 2) *trustee*; 3) *beneficiário*. Em termos gerais, o *setlor* (*gamblers*) é o titular original do direito de propriedade do bem a constituir em *trust*; os *trustees* (casinos de Macau) são o actual *depositário* do bem constituído em *trust*; e os *casino table dealers* são os *beneficiários* últimos do bem e dos *direitos* que lhe estão associados¹¹.

De tal facto se infere que, no *tip-pooling*, entendido como *fixed trust*, ao *trustee* apenas é exigido que, preenchidas as condições objectivas estabelecidas no *acto constitutivo* (*pooling agreement*), *distribua* os bens constituídos em *trust* pelos *beneficiários* indicados; os *interesses dos beneficiários* são *totalmente* determinados pelo *setlor*¹², que pretende, em primeira linha, a gratificar os *casino table dealers*.

A significar, reversamente, que os *trustees* estão juridicamente impedidos de retirar qualquer *benefício* da posição (de mero *depositário*) assumida perante o *setlor* e os *beneficiários*, salvo se devidamente autorizados¹³; nesta asserção, o *tip-pooling*

⁶ Neste sentido, *Randall v Morgan* (1805) 12 Jun 67-75, (*W. Grant Mr*) 74: “it is not necessary, that the trust shall be constituted by writing.”; no mesmo sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, colecção teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2014), p. 430, que seguiremos de muito perto.

⁷ Que encontra a sua legitimação teleológica, na *no profit rule* dos *trustees*, e na ideia reitora de que “*todos os lucros e benefícios obtidos, directa ou indirectamente, em violação da no profit rule, pertencem aos beneficiários*”; neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 536.

⁸ É esta, também, a linha jurisprudencial dos tribunais ingleses; neste sentido, *Carl Zeiss Stiftung v Herbert Smith* (No 2) (1969) 2 Ch, 281-296; *Nino Battery Manufacturing Co v Milestone Trading Ltd* (2002) 2 All ER (Common) 711-735.

⁹ Neste sentido, na doutrina inglesa, A. J. OAKLEY, *Constructive Trusts*, Sweet & Maxwell, London, (1999), *passim*.

¹⁰ Neste sentido, na doutrina norte-americana, GEORGE P. COSTIGAN, J.R., “The Date and Authorship of the Statute of Frauds”, in: *Harvard Law Review*, (1913), 329-346, CRAWFORD D. HENING, *The Original Drafts of the Statute of Frauds* (29. Car. II c. 3), and *Their Authors*, 61 *U Pa L Ver*, (1913), 283-316.

¹¹ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 430; na doutrina alemã, MANFRED WOLF/JÖRG NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Auflage, Beck, München, (2012), *passim*; na doutrina anglo-saxónica, STEPHEN N. SUBRIN, *How Equity Conquered Common Law. The Federal Urles of Civil Procedure in Historical Perspective*, in: *U Pa Law Review*, (1987), 926-952.

¹² Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 423.

¹³ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 420.

é entendido como um *passive trust*, na medida em que apenas é exigível ao *trustee* a manutenção dos bens constituídos em *trust*¹⁴; o que, no fundo, é uma decorrência do dever de lealdade que perpassa todo o estatuto jurídico do *trustee*.

A esta luz se compreende, pois, que o *dever de lealdade*, enquanto expressão de um *dever fiduciário*, núcleo da posição jurídica dos *trustees*, esteja estruturado, como, de resto, no direito inglês, em torno desses dois grandes princípios: a *no conflict rule* e a *no profit rule*¹⁵. A *no profit rule* veda, ao *trustee*, todo o tipo de actuação da qual possa originar um conflito entre os interesses dos beneficiários e os seus interesses pessoais¹⁶⁻¹⁷; enquanto que a *no profit rule* impede, esses mesmos *trustees*, de obterem lucros ou proveitos através da posição fiduciária que ocupam¹⁸, salvo se previstos no *pooling arrangement* ou devidamente autorizados pelos beneficiários¹⁹⁻²⁰.

O que, na realidade, bem se compreende.

Na verdade, os *fiduciary duties*²¹, *rectius*, os deveres fiduciários dos *trustees*²²⁻²³ encontram-se, a montante, umbilicalmente ligados à *role responsibility*, ao agir

¹⁴ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 421.

¹⁵ Por essa razão, afirma a jurisprudência dos tribunais ingleses, que “the “no conflict rule” and “no profit rule” to which fiduciaries such as directors are subject”; *O Donnel v Shanahan* (2008) EWHC 1973 (Ch), (RIMER LJ) (37); sendo que existem, mais recuadamente, duas decisões que alçapremaram, neste âmbito, os *fiduciary duties* dos administradores (*directors*), *Parker v McKenna* (1874) LR 10 Ch App 96-127, (Sir W. M. JAMES LJ), 124; *Bray v Ford* (1896) AC 44-56 (LORD HERSCHELL); no mesmo sentido, *Re, Macadam Dallow* (1945), 2 All ER 664-679, (LORD COHEN), 672; *Guiness v Saunders* (1990) 1 All ER 652-668 (LORD TEMPLEMAN).

¹⁶ ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Doutrina das Oportunidades Societárias (Corporate Opportunities Doctrine). Parte I”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano V (2013), Almeida, Coimbra, (2014), número 3, p. 623, que seguiremos de muito perto, mesmo textualmente.

¹⁷ *Industrial Development Consultants v Cooley* (1972) 2 All ER 162-176 (ROSKILL J), 171 e ss; *Bhullar v Bhullar* (2003), EWCA Civ 424, (JONATHAN PARKER LJ), 27-42.

¹⁸ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, cit., p. 420.

¹⁹ *Boardman v Phipps* (1966), 3 All ER , 721-762 (LORD HODSON).

²⁰ O princípio *no conflict rule*, ao contrário do *no profit rule*, encontra-se hoje vertido no *Companies Act 2006* (CA 2006), na section 175 (1) que reza assim: “A director of a company must avoid a situation in which he has, or can have, a direct or indirect interest that conflicts, or possibly may conflict, with the interests of the company”; sobre a *Companies Act 2006* e os deveres fiduciários nela inseridos, na doutrina inglesa, ANDREW KEAY, *Directors’ Duties*, Jordans, Bristol, (2009), pp. 264-278.

²¹ Na jurisprudência norte – americana, sobre o *dever de lealdade* inserido nos *fiduciary duties*, o Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América (*Us Supreme Court*), *Kmmg Llp v. Robert Cochi et alii*, de 07 de Novembro de 2011, disponível em <http://www.supremecourt.gov>.

²² Sobre a densificação dogmática dos *fiduciary duties*, cruzando a sua leitura à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal do Delaware, MOHSEN MANESH, “What is the practical importance of default rules under Delaware LLC and LP Law”, in: *Harvard Business Law Review (HBLR)*, Volume 2, (2012), pp. 121-129.

²³ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Dever de não concorrência e dever de não utilização de bens pertencentes à sociedade”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*,

*social*²⁴, que se caracteriza pela atribuição, a quem ocupa um determinado lugar numa organização social (casino), a que estão ligados *deveres especiais de prover ao bem-estar dos outros*, da *responsabilidade pelo cumprimento* desses mesmos deveres²⁵, sendo essa *role responsibility* cunhada como *responsabilidade como virtude* ou *responsabilidade – virtude*²⁶, como *dever – ser* (Sollen), traduzindo-se a sua violação como um “*facto condição*”²⁷ da consequência jurídica (a consequência de um acto ilícito), *i. e.*, na *constituição*, por imperativos de *justiça distributiva*, de um *constructive trust*.

Mas em que consiste o *constructive trust*?

Como acima se apontou, *todos* os bens adquiridos pelo *trustee* em violação do princípio da *no profit rule* são constituídos em *trust* a favor dos beneficiários²⁸⁻²⁹.

Por conseguinte, o *constructive trust* resulta da aplicação dos princípios basilares da *Equity Law*. No fundo, consubstancia uma solução decorrente do *espírito do sistema*³⁰; uma resposta a um comportamento (o do *trustee*) contrário ao sistema³¹.

Ano VII (2015), Número 1, *Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP)*, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2015), p. 184.

²⁴ Sobre o *agir social*, na doutrina alemã, MAX WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Auflage, Tübingen, (2002), pp. 11 e ss.

²⁵ Sobre a densificação dogmática da “*role responsibility*”, H. L. HART, “Varieties of Responsibility”, in *The Law Quarterly Review*, Volume 83, (1967), pp. 346-364.

²⁶ Na doutrina italiana, GUIDO GORGONI, “La Responsabilità come progetto. Primi Elementi per un’Analisi dell’Idea Giuridica di Responsabilità Prospettica”, in: *Diritto e Società*, Volume 2, (2009), pp. 243-292.

²⁷ Neste sentido, aludindo à categoria da *imputação normativa* como possibilidade de conexão entre um “*facto – condição*” e uma “*consequência jurídica*”; na doutrina austríaca, HANS Kelsen, *Hauptprobleme der Staatslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, (1911), pp. 7 e ss.

²⁸ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 420.

²⁹ É paradigmática, neste âmbito, a decisão *A-G for Hong Kong v Reid* (1994), 1 AC 324-329; no mesmo sentido, mas no plano dos *trustees de non sort*, *Mara v Browne* (1896), 1 Ch 199-214, (*Smith LJ*) 209: “*if one, not being a trustee and not having authority from a trustee, takes upon himself with trust matters or to do acts characteristic of office of trustee, he may therefore make himself what is called in law trustee of his own wrong – ie a trustee de son tort, or, as it is also termed, a constructive trust*”; Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 421, notas 1566 e 1567.

³⁰ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 418.

³¹ Neste sentido, ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.*, p. 419.

Esta interpretação normativa, como *interpretation step zero*³², é, *all-things-considered*³³, pensamos, ainda que sujeita ao teste do *falibilismo jurídico*³⁴⁻³⁵, a consagração da *prioridade do justo na aplicação jurisdicional*.³⁶

III) A questão do dever de lealdade dos trustees e o direito à propriedade dos beneficiários do tip-pooling

O *dever de lealdade* corporiza um *conceito jurídico indeterminado* que possibilita a recepção de *normas éticas* no direito, através da atribuição aos juízes do *poder de conformação do direito*³⁷.

No espaço jurídico macaense, o *dever de lealdade* dos *trustees* (administradores dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau), para com os *beneficiários* do *tip-pooling*, deve caracterizado como um *dever fiduciário*. Os *deveres fiduciários* estão associados ao surgimento e ao desenvolvimento do *trust*. No *trust* é operada uma *transmissão de propriedade* pelo *settlor* (*gamblers*) para o *trustee* (*administradores dos casinos*), mas em *favor* de um *beneficiário* (os funcionários dos casinos de Macau)³⁸. Nos primórdios da figura, o regime de *common law* não

³² Sobre este conceito, na doutrina norte – americana, ANDREW TRUTT, “Interpretation Step Zero: A Limit on Methodology as “Law”, in: *Yale Law Journal*, (2013), pp. 2055–2067.

³³ Sobre os juízos práticos *all-things-considered*, ALEKSANDER PECZENICK, *On Law and Reason*, Kluwer, Dordrecht, (1989), pp. 76–77.

³⁴ Na doutrina portuguesa, manifestando fundadas reservas na aplicação da *teoria da falsificação popperiana* ao âmbito jurídico, ALEXANDRE MOTA PINTO, “Falibilismo” Jurídico? Ensaio de aplicação ao direito do modelo metódico da falsificação proposto por Karl Popper”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Ars Iudicandi, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica, Ad Honorem – 3, Volume I: Filosofia, Teoria e Metodologia, Coimbra, Coimbra Editora, (2008), pp. 919 e ss/963/966.

³⁵ Sobre a transposição para o âmbito jurídico da *teoria da falsificação* de Karl Popper, na doutrina alemã, CLAUS WILHELM CANARIS, “Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien”, in: *Juristischen Zeitung* (JZ), (1993), pp. 378 e ss.

³⁶ JÜRGEN HABERMAS, “Between Facts and Norms: an Author’s Reflections”, in: *Denver University Law Review* (DULR), Volume 76, (1999), p. 939.

³⁷ Tradicionalmente são apontadas *três funções* às *cláusulas-gerais* ou *conceitos jurídicos indeterminados*, a saber, a recepção de normas sociais, a transformação de normas sociais e a delegação do poder de conformação do direito nos juízes; Ver GUNTHER TEUBNER, *Standards und Directiven in Generalklauseln: Möglichkeit und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main, (1971), pp. 89–110; ANNE RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, (2004), pp. 23–27; FRANZ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Auflage, Wien/New York, Springer, (1991), p. 581.

³⁸ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, in: *II Congresso de Direito das Sociedades* (DSR), Almedina, Coimbra, (2013), p. 184, que seguimos de

oferecia a devida proteção legal ao *beneficiário*, o que levou os tribunais da *equity* a imporem ao *trustee* *deveres fiduciários* perante o *beneficiário*³⁹. A analogia com o *trust* levou à aplicação dos *deveres fiduciários* a outro tipo de relações – as *relações fiduciárias* (*fiduciary relations*) – tais como a *agency* e a *partnership*⁴⁰. A esta luz se compreende que a jurisprudência norte-americana tenha passado a aplicar os *deveres fiduciários* também aos *trustees*⁴¹⁻⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴⁻⁴⁵.

A significar que o *deveres de lealdade* e de *cuidado* são devidos aos *beneficiários* do *tip-pooling*⁴⁶; são *deveres fiduciários* para com os mesmos⁴⁷⁻⁴⁸, entendidos enquanto *responsabilidade ética*⁴⁹⁻⁵⁰; pela *incolumidade* do acervo patrimonial integrante do *tip-pooling*.

muito perto, mesmo textualmente.

³⁹ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 185.

⁴⁰ PEDRO CAETANO NUNES, “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores”, *cit.*, p. 185.

⁴¹ Neste sentido, na doutrina norte-americana, JOHN C. SHEPHERD, *The Law of Fiduciaries*, The Carswell Company, Toronto, (1981), *passim*; JOHN C. SHEPHERD, “Towards a Unified Concept of Fiduciary Relationships”, in: 97 *LQR*, (1813), 51-79.

⁴² Neste sentido, JAMES SHEEDY, “Civil Law Jurisdictions and the English Trust Idea: Lost in Translation”, in: 20 *Denning Law Journal*, (2008), pp. 175 e ss.

⁴³ Neste sentido, MAGDOLNA SIC, “Fiducia and Pignus in Sources of Post-Classical Roman Law – Synonyms or Terms Utilized for Different Kinds of Pledges?”, in: 42 *Zb Radova*, (2008), pp. 483-491.

⁴⁴ STEVEN L. SCHWARCZ, “The Commercial Trusts as Business as Business Organisations: an Invitation to Comparatists”, in: 13 *Duke J Comp & Int’L*, (2003), pp. 325-331.

⁴⁵ Na doutrina inglesa, STUART RITCHIE/ANDREW STAFFORD, *Fiduciary Duties: Directors and Employees*, Jordans, Bristol, (2008), *passim*.

⁴⁶ Na doutrina portuguesa, MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2011), p. 116.

⁴⁷ Na doutrina espanhola, V. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, in: *RDS*, 18, (2002/1), p. 59; na doutrina alemã, W. GROSS, “Deliktische Aussenhaftung des GmbH-Geschäftsführers”, in: *ZGR*, 3, (1999), pp. 553-557; na doutrina portuguesa, VÂNIA FILIPE MAGALHÃES, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, 1, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 399-400.

⁴⁸ Ver, na doutrina anglo-saxónica, LARRY E. RIBSTEIN, “Fiduciary Duty Contracts in Unincorporated Firms”, in: 54 *Wash & Lee Law Review*, (1997), pp. 566-572.

⁴⁹ Na doutrina portuguesa, M. NOGUEIRA SERENS, “Corporate Social Responsibility: “Vinho velho em odres novos”, *cit.*, p. 87; na doutrina alemã, CLAUDIETTER SCHOTT, *Kindesannahme – Adoption-Wahlkindsschaft: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschichten*, Metzner, Frankfurt, (2009), *passim*.

⁵⁰ Neste sentido, na doutrina australiana, CHARLES E. F. RICKETT, “Equitable Compensation: towards a Blueprint”, in: 25 *Sydney Law Review*, (2003), pp. 43-51.

De tal facto se infere que, na esteira do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*BVerfGE*)⁵¹, os beneficiários do *tip-pooling* estão investidos de um direito à propriedade, entendido como *garantia de instituto*⁵², no sentido de que ela não garante apenas as *posições jurídicas de direito privado* atualmente existentes, mas também (e sobretudo) a *possibilidade (presente ou futura) de aceder a elas*⁵³.

Assim, existe um *direito subjetivo dos beneficiários do trust (tip-pooling)* de poder usufruir da propriedade respeitante ao dinheiro constante do *tip-pooling* (artigo 1229.º, do Código Civil de Macau).

Esse *direito à propriedade* – que não se confunde com o *direito de propriedade* (artigos 6.º e 103.º, da Lei Básica de Macau, artigo 1226.º, n.º 1, do Código Civil de Macau), configurado como um direito subjetivo à *manutenção* de posições jurídicas subjetivas e pressuposto na designada *garantia de permanência*⁵⁴ – é um *direito subjetivo dos beneficiários do tip-pooling*, entendido enquanto um *conjunto de expectativas e oportunidades de fruição*^{55–56}; visto enquanto *corporização*

⁵¹ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 93, p. 137 (*Einheitswertbeschluss*).

⁵² “A *garantia de instituto* proíbe que sejam suprimidos aqueles domínios da ordem jurídico-privada que pertencem a partes elementares da actividade no domínio jurídico-patrimonial protegida em termos de direitos fundamentais e, conseqüentemente, que seja suprimido ou essencialmente reduzido o domínio de liberdade protegido pelo direito fundamental”; na doutrina alemã, JOCHEN ROZEK, *Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung: Eine Bestandaufnahme zur dogmatischen Struktur des Art. 14 GG nach 15 Jahren* «*Nassauskiesung*», Mohr Siebeck, (1998), p. 29.

⁵³ Na doutrina alemã, MICHAEL KLOEPFER, *Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, (1970), pp. 24–50.

⁵⁴ Na doutrina portuguesa, MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, *A Justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2012), pp. 734–800.

⁵⁵ V., na doutrina alemã, MARKUS APPEL, *Entstehungsschäche und Bestandsstärke des verfassungsrechtlichen Eigentums. Eine Untersuchung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auf Basis der Eigentumsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Duncker & Humblot, Berlin, (2004), p. 218.

⁵⁶ “A *expectativa legítima de ver realizada* a pretensão merece a *proteção 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*”; 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 Compania 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.

de uma *possibilidade jurídico-factual* de usufruir da propriedade⁵⁷, emergente da *integridade patrimonial* do tip-pooling (artigo 1229.º, do Código Civil de Macau).

Porquanto, enquanto *espaço de liberdade económica*, o direito à propriedade dos beneficiários do tip-pooling protege uma *esfera de domínio* que é deixada ao seu (livre alvedrio) e para a sua (exclusiva) *disponibilidade e aproveitamento económico*⁵⁸.

Com efeito, o direito à propriedade dos beneficiários do tip-pooling subsume-se ao conceito jurídico-constitucional de propriedade como *domínio fáctico*, pois ela *materializa* a identificação entre uma *garantia de instituto* (o direito à propriedade) e uma *garantia de domínio* (do dinheiro que integra o tip-pooling).

Sendo isto certo, essa *garantia de domínio fáctico-jurídico* que é conferida (em exclusivo) aos beneficiários do tip-pooling é exercida, consabidamente, através dos administradores dos casinos de Macau (*trustees*) que, atenta a *relação fiduciária* – e a *confiança especial que lhe subjaz* – que se estabelece entre os beneficiários e o trustee, gera na *esfera jurídica* deste o imperativo de prosseguir (como regra e em primeira linha) o *fim* (de conservação), enquanto instrumento que *este* é para a consecução desse *fim* e correspondente satisfação do *interesse comum* dos beneficiários do tip-pooling.

Por conseguinte, a *garantia de domínio fáctico-jurídico dos beneficiários do tip-pooling* (os funcionários dos casinos de Macau), constitui uma *zona de influência exclusiva*, ainda que “manobrada” pelo trustee; a esta luz se compreende que a *incolumidade* do tip-pooling simbolize (objetivamente), por um lado, o carácter modelar da gestão do trust – polarizada (sempre) no *interesse dos beneficiários* –; e, por outro lado, *padronize* (subjektivamente) o paradigma de um *gestor criterioso e ordenado*, dos trustees – administradores dos casinos de Macau.

IV) A criação do tip-pooling pelos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: *apropriação ilegítima (taking)? A temática do enriquecimento sem causa por intervenção* (artigo 467.º, n.º 1 e 2, do Código Civil de Macau; artigo 473.º, n.º 1, do Código Civil de Macau) e a *teoria do conteúdo da destinação: breves notas*

Esclarecido o horizonte teleológico-funcional em que se move o tip-pooling, emerge uma outra *sub-questão* que se entrelaça com a questão do tip-pooling,

⁵⁷ V. na doutrina alemã, ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, (1994), p. 178, nota 170; no mesmo sentido, FRANK RAUE, *Die Zwangsvollstreckung als Nagelprobe für der modernen Enteignungsbegriff. Die enteignungsdefinition des Bundesverfassungsgerichts, kritisch hinterfragt anhand der Eigentumsübertragung nach § 817 abs. 2 ZPO – Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 14 GG*, Duncker & Humblot, Berlin, (2006), p. 104.

⁵⁸ Cfr. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 24, p. 389-390 (*Einheitswertbeschluss*).

ling, que é a de saber se a criação dos *tip-poolings* materializa (ou não) uma *apropriação ilegítima (taking)*, por parte dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau.

A esta luz, é indissociável a *ligação umbilical* entre a questão da (possível) *apropriação ilegítima (taking)*, e a qualificação jurídica do *tip-pooling* como *trust*.

Com efeito, se se considerar que o *tip pooling* configura um *trust*, a questão fica completamente *esvaziada* (e não configura um *taking*), na medida em que, a essa luz, os casinos da Região Administrativa Especial de Macau, actuam na qualidade de *meros depositários* do dinheiro constante do *tip-pooling* (artigo 1111.º, do Código Civil de Macau), e estão, pois, *investidos na obrigação de guardar* a coisa depositada (as *tips*) [artigo 1113.º, alínea a), do Código Civil de Macau] e de a *restituir* aos *beneficiários* do *tip-pooling* [artigo 1113.º, alínea c), do Código Civil de Macau].

Reversamente, se se entender que o *tip-pooling* não configura um *trust*, emerge (vicejante) a questão do *enriquecimento sem causa*, na modalidade de *enriquecimento por intervenção* (artigo 467.º, n.ºs 1 e 2, do Código Civil de Macau; artigo 473.º, n.º 1, do Código Civil de Macau).

Porquanto, os montantes emergentes das *tips* são *propriedade (exclusiva)* dos beneficiários, e, por isso, são parte integrante do *tip-pooling*; pertencem a *todos* os *empregados* dos casinos (*croupiers, casino table dealers, floor managers, pit bosses, floor men, box men, cashiers*, e os restantes *funcionários* que enformam a *man-power* do casino); na medida em que *eles* constituem uma parte da *estrutura social*, da *organização*, que surge como uma *compenetração* de meios materiais e imateriais⁵⁹ afectos à prossecução de um determinado *fim*⁶⁰: o *escopo lucrativo* que perpassa a *actividade social* dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau.

Todavia, apesar de existir, em geral, uma *relação de simbiose perfeita* entre os funcionários dos casinos e a *organização-casino*, na prossecução do referido escopo lucrativo, essa *sinergia* não se estende ao ponto de *diluir* o *animus donandi* que preside à atribuição/entrega das *tips* [artigo 948.º, alínea a), do Código

⁵⁹ A este propósito, a doutrina alemã, referindo-se à *estrutura organizativa*, aduz que “os inúmeros interesses humanos não são apenas interesses individuais; a sua satisfação exige a reunião e a colaboração, de vários sujeitos; (.....) existe, pois, uma reunião de vontades e de faculdades individuais, através do fim que a organização prossegue”; LUDWIG ENNECERUS/THEODOR KIPP/MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, (1926), § 926; na doutrina italiana, ANTONIO TARANTINO, *La Teoria della necessità nell'ordinamento giuridico – Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, 2.ª edição, (1980), *passim*.

⁶⁰ Neste sentido, na doutrina portuguesa, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Colectiva e Sociedades Comerciais, Dimensão Problemática e Coordenadas Sistemáticas da Personificação Jurídico-Privada*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2015), p. 312.

Civil de Macau], por exemplo, aos *casino table dealers*, que lidam de perto com os *casino patron* e com alguns *high profile rollers* dos casinos de Macau⁶¹⁻⁶²⁻⁶³.

Por conseguinte, a essas *gratificações (tips)* preside, em particular, uma específica intenção dos *casino patrons* de gratificar o *serviço* prestado, por um lado, pelo *casino table dealers* e, por outro lado, por *todos os empregados* dos casinos (*croupiers, casino table dealers, floor managers, “pit bosses”, floor men, box men, cashiers, casino service team lead*)⁶⁴; uma vez que é este *conglomerado* de pessoas altamente qualificadas que prestam o *serviço* e, inerentemente, concretizam o *animus ludendi*, em vista do qual os *casino patrons* frequentam os casinos da Região Administrativa Especial de Macau⁶⁵.

Reversamente, se os casinos, como por vezes acontece, *congelam* o *minimum wage* dos *casino table dealers, croupiers, floor managers, “pit bosses”, floor men, box men, cashiers, casino service team lead*) e, posteriormente, redistribuem *artificialmente* por aqueles, o dinheiro integrante desse *tip-pooling*, como forma de *com-*

⁶¹ Sobre os *high profile rollers* da *mainland China*, X. GU, G. LI & P. S. TAM, “Casino Tourism, Social Costs and Tax Effects”, in: *International Gambling Studies*, Volume 13, number 2, 222 e ff., (2013).

⁶² Ainda sobre os *high profile rollers* da *mainland China*, com mais detalhe, Z. ZENG & D. FORREST, “High Profile Rollers from Mainland China: A Profile Based on 99 cases”, in: *UNLV Gaming Research & Rev. Journal*, Volume 13, number 1, pp. 33-37, (2009).

⁶³ Sobre os *VIP-Room Contractors*, C. WANG, “Licensing VIP-Room Contractors or Gaming Promoters in Macao; The Status Quo Improvement”, in: *UNLV Gaming Research & Rev. Journal*, Volume 18, number 2, pp. 107-108, (2014).

⁶⁴ O que, obviamente, não significa que todas as posições dos trabalhadores dos casinos (por exemplo, os *floor supervisors* e os *pit managers*), possam receber *gratificações (tips)* directamente dos *casino patrons*, e que, coerentemente, sejam eliminados do *tip-pooling*. O que facilmente se entende, à luz da prevenção de ilegalidades e de um eventual *favorecimento* em relação a alguns *high profile rollers* que poderiam, dessa forma, “comprar” a “*simpatia*” dos “*pit bosses*”, de modo a que estes “*fechem os olhos*” a eventuais *ilegalidades* cometidas por aqueles. Foi exactamente isso que aconteceu, na *tip-pooling policy* do *Wynn Las Vegas LLC*, que, em virtude da qual, eliminou essas posições (as de *pit managers* e de *floor supervisors*), e introduziu a posição de *casino service team lead (CSTL)*. A este propósito, a doutrina norte-americana refere que “*the traditional of floor supervisor is to watch for cheating or any sign of problems, to handle altercations or disputes with customers, and to generally keep the floor running smoothly. If the floors supervisor’s job is to watch the dealers, then the “pit bosses”, are the heads of the casino floors and are called into action when major disputes or allegations arise. These have institutional, quintessential casino positions and are na integral part of the operation-they are not to be tipped. It is easy to see why tipping the supervisors of the casino floor could become na illegitimate practice because of the possible perception that the tip was a bribe or a payment for turning a blind eye to some less-favorable behavior on the floor. These issues can explain why in the Wynn’s handbook, these are two of the positions barred from receiving tips*”; KANDIS MCCLURE, “Tip-Pooling at Nevada Casinos”, *cit.*, p. 88.

⁶⁵ Neste sentido, HUGO LUZ DOS SANTOS, “The contracts for gaming and betting in Macau and the credit for gaming: the issue of “*walking*”, in: *Gaming Law Review and Economics (GLR&E)*, Vol. 19, n.º 8, October 2015, (2015), *passim*.

plemento salarial, não deixa de constituir uma forma encapotada de *apropriação ilegítima* (*taking*).

Porquanto, nestes casos, o casino mantém indefinidamente congelado o *minimum wage* dos beneficiários do *tip-polling* (averbando, desse jeito, avultadas poupanças emergentes dessa desactualização salarial, que lhe convém), e complementa essa desactualização salarial com a redistribuição do (muito) dinheiro constante do *tip-polling*: a medida do *empobrecimento* dos beneficiários do *tip-pooling*, é directamente *proporcional* à medida do *enriquecimento sem causa* dos casinos.

É aqui que recobra sentido hermenêutico falar-se do *enriquecimento sem causa* (*unjust enrichment*), na modalidade de *enriquecimento por intervenção* (*Ein-griffskondiktion*), uma vez que, neste caso, existe uma *ingerência*, dos casinos de Macau, nos *bens alheios* dos beneficiários do *tip-pooling*.

Este enriquecimento, designado na doutrina como *enriquecimento por intervenção*, constitui uma *categoria autónoma do enriquecimento*, no qual pode não existir um *dano patrimonial* do “*empobrecido*”⁶⁶⁻⁶⁷, designadamente nas situações de *utilização de bens alheios*, já que mesmo que o seu *dono*⁶⁸ nenhum proveito

⁶⁶ Neste sentido, na doutrina portuguesa, monograficamente, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil, Estudo Dogmático sobre a Viabilidade da Configuração Unitária do Instituto, face à Contraposição entre as Diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2005), pp. 740-741.

⁶⁷ O que, na aparência, acaba por acontecer com os beneficiários do *tip-pooling*, uma vez que estes (as mais das vezes), nem sequer se apercebem (directamente) da medida do seu *empobrecimento patrimonial*; o que se explica pelo facto de, em regra, a esse empobrecimento patrimonial – que, como vimos, é real, quanto à sua incidência na esfera jurídica dos beneficiários do *tip-pooling*; mas que é realizado, pelos casinos, de forma puramente velada –, não presidir uma (directa e imediata) deslocação patrimonial da esfera patrimonial do enriquecido (casinos), para a esfera jurídica do empobrecido (os beneficiários do *tip-pooling*). Essa *deslocação patrimonial* é realizada de forma maviosa, em três passos sucessivos: *i*) a criação do *tip-pooling* (que, em si mesmo tomada, prossegue, até, objectivos de transparência, acima elencados); *ii*) o congelamento “*sine die*” do *minimum wage*, e, por fim, *iii*) pela redistribuição dos montantes constantes do *tip-pooling*, pelos seus beneficiários, como forma de *complemento salarial* daquela (indefinida, no tempo) *desactualização salarial*: nisto consiste o *taking* dos casinos.

⁶⁸ A doutrina portuguesa, tem-se referido, neste âmbito, às *regulações do dono*, “*que ultrapassam, porém, a propriedade, abrangendo quaisquer direitos de exclusivo, direitos que conferem ao seu titular o monopólio o aproveitamento de certo bem, com afastamento de terceiros. Por isso, se usa a palavra “dono”, que deve ser entendida muito amplamente (...)* as regulações do dono mais simples são a proibição e a autorização. O dono tem o poder de proibir a actuação de terceiros sobre o seu bem”; neste sentido, PEDRO MÚRIAS, “Regulações do dono”, in: *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, Volume II, Almedina, Coimbra, (2002), p. 270.

tirasse desses bens, o “intrometido” beneficiou indevidamente deles⁶⁹, razão porque está obrigado a indemnizá-lo, restituindo-lhe o “valor da expropriação”⁷⁰.

A intervenção ou ingerência na esfera jurídica alheia, a dos beneficiários do tip-pooling, pode ser facto constitutivo de responsabilidade civil, segundo os critérios gerais do artigo 477.º do Código Civil de Macau. O enriquecimento por intervenção, que constitui uma categoria autónoma do enriquecimento sem causa, surge quando alguém obtém um enriquecimento através de uma ingerência em bens alheios, traduzida, designadamente, no uso, fruição, consumo, e disposição dos mesmos⁷¹. Mesmo que o proprietário, se acaso não tivesse ocorrido tal intromissão ou interferência, nenhum proveito tirasse dos bens, sempre o intrometido estará obrigado a indemnizá-lo do valor dos frutos⁷² que obteve à custa desses bens⁷³

⁶⁹ Sobre o *unjust-enrichment*, na doutrina norte-americana, DAN B. DOBBS, *Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution*, ch 4, 2nd edition, (1993), pp. 550-776; GOFF & JONES, *The Law of Unjust Enrichment*, 8 th edition, (2011), pp. 3-54; sobre a restituição, rege o princípio que subjaz à doutrina norte-americana do *gain-based damages*, ou seja, «*the wrongdoer is left back where he started*», na doutrina norte-americana ANDREW KULL, “Restitution’s Outlaws”, in: *Chicago-Kent Law Review*, Volume 87, (2003), p. 19, princípio que surge intrinsecamente ligado com a *moral hazard*, que estipula que “*What moral hazard means is that, if you cushion the consequences of bad behavior, then you encourage that bad behavior*”; TOM BAKER, “On the Genealogy of Moral Hazard”, in: *Texas Law Review*, Volume 75, Number 2, December 1996, (1996), p. 238; REINER H. KRAAKMAN, “Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls”, in: *Yale Law Journal*, 857, 873-874, (1984), (business law and moral hazard); HOWELL E. JACKSON, “The Expanding Obligations of Financial Holding Companies”, in: *Harvard Law Review*, 509, 512, (1994) (banking regulation and moral hazard); por essa razão, autorizada doutrina norte-americana, faz referência, no âmbito do direito dos contratos, a um “*minimum moral virtue*”; SEANA VALENTINE SHIFFRIN, “The divergence of contract and promise”, in: *Harvard Law Review*, N.º 3, Volume 120, January 2007, (2007), p. 718.

⁷⁰ Neste sentido, na doutrina portuguesa, JOEL TIMÓTEO, “Enriquecimento sem causa: exige sempre empobrecimento?” in: *Revista «O Advogado»*, n.º 35 - Setembro de 2003, (2003), *passim*.

⁷¹ Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, *cit.*, p. 662.

⁷² Aproximadamente neste sentido, na doutrina norte-americana, GEORGE P. ROACH, “How Restitution and Unjust Enrichment Can Improve Your Corporate Claim”, in: *Re. Litig.*, Volume 26, 265 e ff, (2007).

⁷³ Neste sentido, na doutrina portuguesa, JÚLIO GOMES, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, dissertação de doutoramento, Universidade Católica Editora, Porto, (1998), pp. 759 e ss; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito Civil- Responsabilidade Civil. O Método do Caso*, Almedina, Coimbra, (2005), pp. 69 e ss.

ou do valor do uso⁷⁴ que deles fez, restituindo-lhe⁷⁵⁻⁷⁶⁻⁷⁷, pois, o valor de exploração⁷⁸⁻⁷⁹.

É a esta luz cinérea, a da exclusividade da fruição do dinheiro integrante do *tip pooling* (por parte dos seus beneficiários), que se enquadra a *teoria do conteúdo da destinação*, que assenta essencialmente na tese de que qualquer direito subjectivo absoluto atribui ao seu titular a exclusividade⁸⁰ (*ius excludendi alios*) do gozo e da fruição da utilidade económica do bem⁸¹. Essa exclusividade implica uma ordenação jurídica dos bens, que se vier a ser desrespeitada através da *intervenção de outrem* no âmbito exclusivamente destinado aos titulares do direito permite-lhes inten-

⁷⁴ Na doutrina italiana, RODOLFO SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, UTET, (1959), pp. 32 e ss.

⁷⁵ Neste sentido, na doutrina norte-americana, JACK BEATSON, “Restitution and Contract: Non-Cumul”, in: *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 1, (2000), pp. 89-91.

⁷⁶ Neste sentido, na doutrina norte-americana, DAVID DITTFURTH, “Restitution in Texas: Civil Liability for Unjust Enrichment”, in: *Texas Law Review*, Vol. 54, (2012), pp. 266-274.

⁷⁷ Na doutrina norte-americana, ERIC J. KONOPKA, “Hey, That’s Cheating! The Misuse of the Irreparable Injury as a Shortcut to Preclude Unjust Enrichment Claims”, in: *Columbia Law Review*, Vol. 114, (2014), p. 2049.

⁷⁸ Neste sentido, na doutrina alemã, no âmbito do consumo de bens imateriais, BOLZE, “Gibt es einen Anspruch auf Schadensersatz oder Herausgabe der gezogenen Nutzung wegen einer Patentverletzung, die weder wissentlich noch grobfahrlässig begangen ist?”, in: *AcP* 92, (1902), pp. 324 e ss.

⁷⁹ JOEL TIMÓTEO, “Enriquecimento sem causa: exige sempre empobrecimento?”, *cit.*,

⁸⁰ A doutrina salienta, a este propósito, a necessidade de tutelar a liberdade contratual, ou seja, proteger o direito do titular de um bem de utilização em seu próprio benefício, e bem assim, a expectativa de utilização nos termos por si concebidos; Neste sentido, ainda que no quadro dos *punitive damages*, ALLAN SCHWARTZ, “The Myth That Promises Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damages Measures”, in: *Yale Law Journal (YLJ)*, Vol. 100, n.º 2, November 1990, pp. 375 e ss; na doutrina francesa, CATHERINE THIBERGE, “Libres propôs sur l’évolution du droit de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile?)”, in: *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDC)*, n.º 3, Juillet-Septembre, (1999), pp. 574-579; na doutrina italiana, GIULIO PONZANELLI, “I Punitive Damages Nell’esperienza Nordamericana”, in: *Rivista di Diritto Civile (RDC)*, Anno XXIX, Parte Prima, (1992), pp. 365-472; na doutrina portuguesa, neste preciso sentido, PAULA MEIRA LOURENÇO, *A função Punitiva da Responsabilidade Civil*, dissertação de mestrado, Coimbra Editora, Coimbra, (2006), p. 181.

⁸¹ Aproximadamente no mesmo sentido, na doutrina norte-americana, ERIC J. KONOPKA, “Hey, That’s Cheating! The Misuse of the Irreparable Injury as a Shortcut to Preclude Unjust Enrichment Claims”, *cit.*, 2045 e ss.

tar a acção de enriquecimento sem causa (artigo 467.º, n.º 1, do Código Civil de Macau)⁸²⁻⁸³⁻⁸⁴⁻⁸⁵.

V) O tip-pooling e o dano reputacional dos casinos da Região Administrativa Especial de Macau: relação de mútua implicação? – brevíssimas notas

É consabido que a Região Administrativa Especial de Macau, tal como o Estado do Nevada, e, em particular, Las Vegas, depende (quase exclusivamente), da indústria do jogo e dos seus elevados proventos financeiros⁸⁶⁻⁸⁷.

⁸² Neste sentido, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, cit., p. 772.

⁸³ É a consagração da ideia reitora de que o autor de um comportamento ilegítimo não deve beneficiar dessa conduta torpe; a este respeito, a doutrina norte-americana, refere que “*Favoring gain-based awards are strong ethical intuitions that promises should be kept and those who breach their contracts should not profit from their wrongs*”, ERNEST W. WEINRIE, “Punishment and Disgorgement as Contract Remedies”, in: *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 78, (2003), pp. 70-74; WILLIAM S. DODGE, “The Case for Punitive Damages in Contracts”, in: *Duke Law Journal*, Vol. 48, (1999), pp. 629 e ss; neste preciso sentido, na doutrina portuguesa, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da Inclusão do Lucro Ilícito e de Efeitos Punitivos entre as consequências da Responsabilidade Civil Extracontrual: a sua Legitimação pelo Dano*, dissertação de doutoramento, Coimbra Editora, Grupo Wolters Kluwer, (2011), pp. 287-288.

⁸⁴ A jurisprudência norte-americana, mostra-se cada vez mais restritiva na admissibilidade da *unjust-enrichment claims*, mobilizando, com esse escopo restritivo o requisito da “*irreparable injury rule*”; neste sentido, *United States v. Bame*, 2012-2 U.S. Tax Cas. (CCH) §50, 528, at 86, 491 (D. Minn. 2012).

⁸⁵ Quanto ao requisito de *subsidiariedade* dos meios judiciais que possibilitem a restituição do enriquecimento sem causa, (artigo 468.º, do Código Civil de Macau), na jurisprudência norte-americana, tendo como pano de fundo o requisito da “*irreparable injury rule*”; ver *Kelley v. Coll. of St. Benedict*, 901 F. Supp. 2d 1123, 1132 (D. Minn) (denying unjust-enrichment claim when plaintiff could have obtained relief under fraudulent-transfer statute).

⁸⁶ Como refere abalizada doutrina, “*In 2014, Macau’s Hospitality Industry contributed almost 90 % of its gross domestic product (GDP). This contribution, in turn, came almost entirely from Macau’s gaming industry*”; neste sentido, GLENN MCCARTNEY, “When the Eggs in One Basket All Cracked: Addressing the Downturn in Macau’s Casino VIP Junket System”, in: *Gaming Law Review and Economics (GLR&E)*, Volume 19, Number 7, September 2015, (2015), p. 527.

⁸⁷ Aproximadamente no mesmo sentido da nota anterior, na doutrina norte-americana, KATE O’KEEFE, “Macau Gambling Revenue Suffers First Full-Year Fall: China’s Antigraft Campaign Blamed for Macau’s First Recorded Full-Year Decline in Gambling Revenue”, in: *Wall Street Journal (WSJ)*, (2015), *passim*.

De tal facto se infere que, essa dependência económico-financeira da indústria do jogo⁸⁸, faz impender, sobre o *Estado-Colectividade* da Região Administrativa Especial de Macau, uma responsabilidade acrescida no sentido de prover à (boa) *imagem social* da referida indústria do jogo.

Reversamente, a indefinição em torno da regulação/regulamentação do *tip-pooling*, faz perigar os alicerces em que se estriba essa (almejada) *imagem social* da indústria do jogo (que, consabidamente, é um *privilégio* e não um *direito*...), na medida em que fomenta a *litigância judicial* entre os casinos da Região Administrativa Especial de Macau e os seus funcionários, emergindo, reflexamente, um (indesejado) *dano reputacional* da indústria do jogo de Macau.

Por conseguinte, denota-se uma *mútua implicação* entre a ausência de regulamentação do *tip-pooling* e o *dano reputacional* da indústria de jogo de Macau.

Mas o que significa o *dano reputacional*⁸⁹?

Significa, em rectas contas, um *dano à imagem social* da indústria do jogo⁹⁰ que vê seriamente afectada a sua *imagem social*, de *produtor* de ambientes de cariz eminentemente lúdico, e, por conseguinte, de *penhor seguro* do interesse comunitário *nessa* produção.

Talvez por essa razão, autorizada doutrina considere que estamos perante “*danos à nação*”⁹¹; e, quiçá pela mesma razão, abalizada doutrina alemã se refira a um “*dano patrimonial indirecto*”⁹², e, entre nós, a um “*dano indirecto ou reflexo*”⁹³.

A referência ao *dano patrimonial indirecto*, é dizer, ao *dano reputacional* da indústria do jogo⁹⁴ prende-se, essencialmente, como acima se deixou anteci-

⁸⁸ Ver, GLENN MCCARTNEY, “When the Eggs in One Basket All Cracked: Addressing the Downturn in Macau’s Casino VIP Junket System”, *cit.*, p. 529.

⁸⁹ Seguiremos de muito perto, o que escrevemos em HUGO LUZ DOS SANTOS, “Credit for Gaming in the Casinos of the Special Administrative Region of Macau. Contribution for the Resolution of the issue of “*Side-Betting*”, *passim*.

⁹⁰ KANDIS MCCLURE, “Tip-Pooling at Nevada Casinos”, *cit.*, p. 96.

⁹¹ Referindo, no que respeita ao *dano reputacional do Estado*, que “*cremos, na verdade, que o Estado, enquanto forma de organização de uma nação, pode efectivamente sofrer danos de imagem (...) ao menos os danos à “nação”*”; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “Danos societários e governação de sociedades (corporate governance)” in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)*, n.º especial-II *Seminário dos Cadernos de direito privado – Responsabilidade Civil*, Cejur, Braga, Dezembro de 2012, (2012), pp. 17-29.

⁹² Na doutrina alemã, WOLFGANG GRUNSKY, *Aktuell probleme zum begriff des vermögensschadens*, Beck, München, 2. Auflage, (2008), p. 10.

⁹³ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos Administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”, in: *Revista de Direito das Sociedades (RDS)*, Ano I, Número I, Director: António Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, (2009), pp. 647-679.

⁹⁴ Na doutrina italiana, sobre o *dano patrimonial indirecto*, RENATO SCOGNAMIGLIO, “Il danno morale. Contributo alla teoria del danno extracontrattuale”, in: *Rivista di Diritto Civile*, Cedam, Padova, (1957), pp. 283-285.

pado, com a *reputação*⁹⁵⁻⁹⁶, com a *credibilidade*⁹⁷, com a *projecção social*⁹⁸⁻⁹⁹⁻¹⁰⁰ da indústria do jogo da Região Administrativa Especial de Macau; e esse *dano reputacional do indústria do jogo*, ainda que contenha *em si* considerações de natureza patrimonial, tem muito mais que ver com o facto de que, com a sua *produção*, contrariar-se decisivamente os *fins do titular do património*¹⁰¹⁻¹⁰²: a *produção* de ambientes lúdicos, para os *casino patrons*, e não uma fonte de desestabilização social.

Funchal, (Madeira, com um relance do olhar para as Desertas), 9 de Outubro de 2015.

⁹⁵ Procedendo, ainda que noutro âmbito temático, a densificação da medida de significado funcional que funda os *danos não patrimoniais* infligidos à pessoa colectiva, MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais a sociedade comercial? – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 20.4.2004, Apelação n.º 430/04”, in: *Cadernos de Direito Privado (CDP)* n.º 18, Director: Luís Couto Gonçalves, Cejur, Braga, (2007), referindo, para o efeito que, “*a expressão dano não patrimonial apresenta-se como mais ampla do que a do dano moral, não tendo de cingir-se a circunstâncias do foro ético-afectivo*”, pp. 34-35.

⁹⁶ No mesmo sentido da nota anterior, MARIA MANUEL VELOSO, “Danos não patrimoniais”, in: *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume III, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, (2007), *passim*.

⁹⁷ JÓNATAS MACHADO, “A Glória, a Honra e o Poder – Observações sobre a liberdade de imprensa em democracia”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 143.º, N.º 3984, Janeiro-Fevereiro de 2014, Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2014), p. 179.

⁹⁸ Neste sentido, monograficamente, FILIPE MIGUEL CRUZ DE ALBUQUERQUE MATOS, *Responsabilidade Civil por ofensa ao Crédito ou ao Bom Nome*, Coleção Teses, tese de doutoramento, Almedina, Coimbra, (2011), p. 380.

⁹⁹ Na doutrina norte-americana, TONI MASSARO/ROBIN STRYKER, “Political Discourse, Civility, and Harm: Freedom of Speech, Liberal Democracy, and Emerging Evidence on Civility and Effective Democratic Engagement”, in: *Arizona Law Review*, Volume 54, (2012), p. 374.

¹⁰⁰ No mesmo registo, alguma da mais abalizada doutrina nacional refere-se, no quadro das pessoas colectivas, à “*aparência social*”, JORGE SINDE MONTEIRO/ALMENO DE SÁ, “A Responsabilidade da pessoa colectiva pelos actos dos seus representantes – Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Junho de 1998”, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência (RLJ)*, Ano 140.º, n.º 3956.º (Janeiro-Fevereiro de 2011), Director: António Pinto Monteiro, Coimbra Editora, Coimbra, (2011), pp. 188-199.

¹⁰¹ Na doutrina alemã, MERTENS, *Köllner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2/1, 3. Auflage, (2010), § 93, nota 59.

¹⁰² Uma vez que, enquanto expressão de “*(...) um fim primário; ela visa também a protecção dos indivíduos*”, JORGE SINDE MONTEIRO, *A Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coleção Teses, dissertação de doutoramento, Almedina, Coimbra, (1989), p. 249.