

RUI PINTO DUARTE

O JOGO E O DIREITO

Separata

THEMIS

Revista da Faculdade de Direito da UNL
Ano II – N.º 3 – 2001

O JOGO E O DIREITO

RUI PINTO DUARTE¹

ABSTRACT: This article attempts a panoramic view of the treatment to which gambling is subjected in our legal system, with special note being given to Portuguese civil, penal, and fiscal rules. Beyond focusing on aspects of legal dogmatics, the author aims at formulating evaluations of legislative policies and endeavours in a social critique. The chosen posture is thus one more subjective than what is normally the case in juridical studies.

1. INTRODUÇÃO: CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O JOGO E O DIREITO²

O meu interesse pelo tratamento jurídico do jogo é muito antigo: começou logo nos dois primeiros anos da licenciatura (1972/1973 e 1973/1974), nos momentos em que me ensinaram que as dívidas de jogo eram inexigíveis e que a prática de jogos de fortuna ou azar configurava, em princípio, um crime.

Esse interesse foi avivado, quando, nos últimos anos da década de oitenta, ao levar a cabo a investigação sobre tipos contratuais que esteve na base da minha dissertação de doutoramento, me confrontei³ com o facto de o jogo e aposta ser o único dos dezasseis contratos regulados no título II do livro II do Código Civil que o legislador se abstém de definir – o que, aliás, não é fruto do acaso, mas de uma opção consciente⁴. Não pude então deixar de relacionar essa abstenção com um passo de Wittgenstein, nas *Investigações Filosóficas*, em que o célebre filósofo usa o jogo para exemplificar as dificuldades que existem na formação dos conceitos⁵.

¹ Professor da Faculdade de Direito da UNL.

² Para servir de base a uma apresentação que realizei, em Outubro de 2000, numa sessão do SPEED (v. nota 10), escrevi umas notas, cujo desenvolvimento originou este texto. A versão que agora publico procura tirar proveito das intervenções feitas na sessão em causa, sobretudo as de Armando Marques Guedes, Sérgio Vasques (que simpaticamente acederam a intervir nela como comentadores da minha apresentação), Carlos Ferreira de Almeida e Miguel Poiars Maduro, bem como de várias notas feitas por Teresa Pizarro Beleza a uma versão anterior.

³ V. o meu *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina, 2000, pág. 105.

⁴ V. o estudo preparatório de Inocêncio Galvão Telles intitulado *Contratos Cíveis* (na publicação de que foi objecto no BMJ, n.º 83, pág. 182).

⁵ Na edição da Gulbenkian, *Tratado Lógico-Filosófico e Investigações Filosóficas* (Lisboa, 1987), v. págs. 227 e segs..

Não precisava, porém, de ter ido tão longe, pois a dificuldade de definição de jogo é quase um lugar comum. Valha como exemplo o que escreveu um autor português do princípio do século XX, que ao jogo dedicou vários escritos (não jurídicos): “Toda a gente sabe mais ou menos o que significa esta palavra *jogo*, sem que, contudo, seja possível defini-la em toda a sua rigorosa exactidão, pois que como seu sinónimo se pode considerar a própria existência, em que a cada passo nós arriscamos um capital precioso, a *vida*, para não retirar a maior parte das vezes, se não um lucro insignificatíssimo, em que nem mesmo se repara”⁶.

A propósito da definição de jogo, é ainda de notar que o conteúdo do conceito de jogo é bastante variável. No seu sentido mais amplo, o jogo abrange múltiplas actividades ou processos de as exercer e é inerente à condição humana, ou até, à condição de mamífero... No seu sentido mais restrito, a ideia de jogo tende a coincidir com a de aposta a dinheiro sobre factos fora do controle dos apostadores.

Em sentido amplo, o jogo está presente em todas, ou quase todas, as actividades humanas. Não é por acaso que, no seu célebre livro intitulado *Homo Ludens*⁷, Huizinga analisou as relações entre o jogo e a Cultura, a Guerra, o Saber, a Poesia, a Filosofia, a Arte e o Direito. Faltou-lhe relacionar o jogo com a Matemática, a Economia, os domínios das Ciências da Natureza e a Psicologia, mas houve quem depois o fizesse⁸.

Não é fácil definir jogo em tal sentido amplo, mas podemos usar a definição de Huizinga: o jogo é uma acção ou ocupação voluntária que se realiza dentro de determinados limites de tempo e de espaço, de acordo com regras voluntariamente aceites, mas não absolutamente obrigatórias, acção essa que tem o seu fim em si mesma e que é acompanhada por uma sensação de tensão e de fruição e pela consciência de ser algo de distinto da vida

⁶ Victorino Coelho, *O Problema do Jogo*, Lisboa, Centro de Publicidade, 1913, págs. 36 e 37 (sublinhados no original).

⁷ Uso a tradução em espanhol publicada pela Editorial Azar em Lisboa, em 1943: *Homo Ludens El Juego como Elemento de la Historia* (o original é de 1938).

⁸ Em relação com os primeiros destes domínios, lembre-se a conhecidíssima “teoria dos jogos” de John von Neumann e Oskar Morgenstern e as suas várias evoluções expansivas. Pelo que toca à Psicologia, lembre-se a onnipresença da ideia de jogo na Pedagogia actual – como é comprovado por quase metade dos artigos constantes do Catálogo da Produção Científica Portuguesa em Ciências Sociais e Humanas (1989-1998), editado pelo Observatório das Ciências e das Tecnologias, em cujos títulos aparece a palavra jogo versarem temas pedagógicos. Um excelente exemplo da aplicação generalizada da ideia de jogo aos vários saberes é o livro de Manfred Eigen e Ruthild Winkler, *O Jogo as Leis Naturais que Regulam o Acaso*, Lisboa, Gradiva, 1989 (tradução do original alemão). Um exemplo português paralelo é o livro de António Cabral, *Teoria do Jogo*, Lisboa, Editorial Notícias, 1990.

vulgar⁹. Se é certo que esta definição deixa de lado os casos em que o jogo é apenas uma dimensão da actividade tida em vista, também é certo que abrange e descreve rigorosamente os casos em que as actividades em causa são essencialmente jogos¹⁰.

Para usar um exemplo da vida jurídica, a noção de jogo de Huizinga não abrange certamente os processos judiciais – embora para muitos advogados e para alguns dos que neles intervêm como partes os processos tenham uma dimensão lúdica.

Em qualquer caso, para os efeitos que aqui tenho em vista, a definição de Huizinga é uma excelente base. Dos seus elementos quero sublinhar os seguintes:

- o jogo é uma actividade voluntária
- o jogo não é (sentido como) vida vulgar
- o jogo envolve fruição, isto é, prazer.

Voltarei a esses elementos no final da pequena digressão que vou fazer por alguns dos campos em que o jogo releva juridicamente.

Essa digressão abrangerá o Direito Civil, o Direito Penal e o Direito Fiscal. Os que me conhecem sabem que nestes últimos dois ramos sou peregrino. Em meu abono posso dizer que não haverá nada de mais apropriado para abordar as relações entre o jogo e o Direito do que fazê-lo jogando, isto é, desenvolvendo uma actividade que foge à minha vida vulgar e que, embora me cause tensão, me dá prazer. Este é, creio, de resto o espírito, ou uma parte do espírito, do SPEED – como o seu nome indica¹¹.

Ao fechar esta introdução, realço que a noção de jogo que estará em causa não será sempre a mesma. Algumas vezes *terei em vista* apenas os chamados jogos de fortuna ou azar a dinheiro, outras vezes alargarei o alvo, abarcando mais *formas de jogo* – embora sempre sobretudo as *que merecem do Direito um tratamento limitativo*. Contra uma opinião bastante difundida¹², não me

⁹ Ob. cit., pág. 45.

¹⁰ Por outro lado, como me fez notar Armando Marques Guedes, a definição é talvez excessivamente ampla, abrangendo actividades que não são essencialmente jogos.

¹¹ SPEED é a sigla de Seminário Permanente sobre o Estado e o Estudo do Direito, no âmbito do qual têm periodicamente lugar na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa apresentações de temas sob investigação por parte de docentes e alunos de doutoramento. As apresentações são seguidas de um ou dois comentários de pessoas previamente designadas para o efeito, seguindo-se a discussão com a assistência (para mais elementos sobre o SPEED, v. a nota de Carlos Ferreira de Almeida no n.º 2 da *Thémis*, págs. 327 e segs.).

¹² A título de exemplo, cito as seguintes palavras de Ugo Gualazzini, no início do verbete *Giuochi*, na *Enciclopedia del Diritto*: “Certe fonti giuridiche, e spesso la dottrina, confusero i giuochi a carattere agonistico o genericamente competitivo con le scommesse e i giuochi d'azzardo; tuttavia essi vanno assolutamente distinti, nol soltanto per la loro configurazione, ma, a ben guardare, anche per la loro disciplina giuridica”.

parece que seja possível traçar fronteiras estanques entre os jogos chamados de fortuna ou azar e os outros, nem que seja possível introduzir no tratamento do tema, sobretudo à face do nosso Direito, outros seccionamentos rígidos.

2. O JOGO E O DIREITO CIVIL

2.1. O jogo e as obrigações naturais

O primeiro contacto que os estudantes de Direito têm com o jogo, no âmbito do Direito Civil, dá-se normalmente a propósito das obrigações naturais¹³. O nosso Código Civil consagra esta figura definindo-a como a obrigação que “se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça” (art. 402). As duas regras que estabelece para a figura em geral são a de que “as obrigações naturais estão sujeitas ao regime das obrigações civis em tudo o que não se relacione com a realização coactiva da prestação” (art. 404) e a de que não pode ser exigida a restituição do que for prestado espontaneamente em cumprimento de obrigação natural (art. 403).

Como o Código Civil diz (no art. 1245) que “o jogo e a aposta não são contratos válidos nem constituem fonte de obrigações”¹⁴, mas acrescenta que os mesmos, “quando lícitos, são fonte de obrigações naturais”, um dos casos de obrigações naturais que os tratadistas de Direito Civil mais focam é o das obrigações provenientes do contrato de jogo e aposta¹⁵.

¹³ Giovanni Battista Ferri notou que “il gioco ha finito per collegarsi alla tematica delle obbligazioni naturali” (no artigo *La “Neutralità” del Gioco* in *Rivista del Diritto Commerciale*, ano LXXII, 1974, parte primeira, pág. 28).

¹⁴ Desta regra exceptua o próprio Código “as competições desportivas, em relação às pessoas que nelas tomarem parte” (art. 1246).

¹⁵ Cfr., por exemplo, em obras posteriores a 1966, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, pág. 52, João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9ª ed. Coimbra, Almedina, 1996, págs. 749 e 750, Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, pág. 155, António Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., Lisboa, AAFDL, 1988, reimpressão (da 1ª ed. de 1980), e Jorge Leite Areias Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, vol. II, Coimbra, Almedina, 1990, págs. 130 e segs.. Em obras anteriores a 1966, v., por exemplo, Guilherme Alves Moreira, *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, *Das Obrigações*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, págs. 18 e segs., José Tavares, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1929, págs. 548 e segs., e Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, 3ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1966, págs. 73 e segs..

A consideração das obrigações resultantes do jogo e aposta como obrigações não exigíveis não foi uma inovação do actual Código Civil, nem diverge do que se verifica, de há muito, nos outros países da nossa família de Direitos – e também, no essencial, desde há mais de 150 anos, em Inglaterra.

O Código de Seabra – que não usava a expressão obrigação natural – estabelecia que o jogo não era “permitido como meio de adquirir” (art. 1541) e que as dívidas de jogo não podiam ser pedidas judicialmente, embora o jogador que pagasse o que perdesse não pudesse, por regra, pedir a devolução do valor pago (art. 1542).

Tais normas do Código de Seabra denunciavam influência clara do Código Civil francês – que no art. 1965 estabelece que “la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le payment d'un pari” e no art. 1967 estabelece a regra de que “... le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé...”

Os Códigos espanhol, alemão, suíço e italiano estabelecem também normas análogas¹⁶.

Quanto ao Direito inglês, foi o *Gaming Act* de 1845 que, contra a *Common Law*, introduziu a regra de que “all contracts or agreements, whether by parole or in writing, by way of gaming or wagering, shall be null and void”¹⁷.

A restrição da vinculatividade das dívidas de jogo, ou, pelo menos, das dívidas de jogo de azar, é ideia que vem do Direito Romano e que, em maior ou menor medida, esteve sempre presente, desde então, nos vários Direitos europeus¹⁸. A formulação dos fundamentos dessa restrição varia mas o conteúdo essencial dos mesmos é quase constante, podendo sintetizar-se nas seguintes palavras de Georges Ripert: “... le jeu est condamnable parce que le joueur attend du hasard seul un enrichissement que rien ne justifie. L'ordre public tolère, autorise ou interdit les jeux suivant qu'il y a intérêt social à utiliser ou à canaliser une passion humaine, mais la tolérance administrative ne peut justifier un contrat qui reste immoral par lui-même”¹⁹.

¹⁶ Cfr. arts. 1798 e segs. do Código Civil espanhol, §762 e segs. do Código Civil alemão, arts. 513 e segs. do Código das Obrigações suíço, e arts. 1933 e segs. do Código Civil italiano.

¹⁷ V., por exemplo, G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 9ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1995, págs. 473 e segs., *Chitty on Contracts*, 27ª ed., vol. II, *Specific Contracts*, Londres, 1994, Sweet & Maxwell, págs. 858 e segs., Cheshire, Fifoot & Furmston's, *Law of Contract*, 12ª ed., Londres, Dublin, Edimburgo, Butterworths, 1991, págs. 322 e segs., e P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 5ª ed. Oxford, Clarendon, 1995, págs. 338 e 339.

¹⁸ Cfr. Mota Pinto, Pinto Monteiro e Calvão da Silva, *Jogo e Aposta*, Coimbra, 1982 (edição da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa), págs. 38 e segs..

¹⁹ *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 4ª ed., Paris, L.G.D.J., 1949, pág. 49 (sublinhado no original).

2.2. Problemas da regulação do jogo pelo Direito Civil

A regulação pelo Direito Civil do jogo e aposta levanta vários problemas – uns de índole conceitual, outros de mera determinação do regime aplicável.

Entre os primeiros avultam a questão do âmbito da figura e a questão de saber se jogo e aposta são duas realidades diferentes ou uma só, com a sub-questão do critério da distinção das duas realidades. Entre os segundos está o de saber em que casos é que as dívidas emergentes do jogo e aposta são obrigações civis.

A questão da diferença entre jogo e aposta foi tratada por múltiplos autores²⁰. Entre nós, para além das anotações de Pires de Lima e Antunes Varela, no *Código Civil Anotado*, é de realçar o já citado estudo de Mota Pinto, Pinto Monteiro e Calvão da Silva – que na matéria é inconclusivo. Por mim, tendo a partilhar do ponto de vista segundo o qual, para o Direito Civil (ao contrário do que aparentemente sucede, como veremos, no nosso Direito Penal), a juridicidade do jogo “só começa no momento em que, ao lado do jogo, surge o interesse económico ligado aos resultados obtidos”²¹. Ou seja, o jogo seria mero facto instrumental da aposta que, ela sim, seria um contrato.

Quanto à definição do âmbito do jogo e aposta, para ilustrar as dificuldades, bastará lembrar que em vários países, em várias ocasiões, o legislador sentiu a necessidade de excluir expressamente certas operações financeiras do âmbito do jogo e aposta!²² Como já sugeri noutro local, parece que no que respeita a este contrato a leitura tipológica das normas legais será o melhor caminho para obter uma boa aplicação da lei²³.

A questão de saber em que casos é que as dívidas emergentes do jogo e aposta são exigíveis, apesar de aparentemente comezinha, não é menos difícil. Parece óbvio que há casos de obrigações civis emergentes do jogo e aposta. Pensar de outro modo seria negar a exigibilidade dos créditos dos jogadores de lotaria, totobola, totoloto e dos participantes nos concursos promovidos por órgãos de comunicação social e por empresas, no âmbito das suas acções publicitárias – o que ninguém fará.

A verdade, porém, é que boa parte da legislação extravagante sobre jogo não contém normas de derrogação expressa do art. 1245 do Código

²⁰ V. a indicação de alguns na nota 353 do meu *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit..

²¹ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1986, pág. 852.

²² V. as indicações que dou em *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., págs. 129 e 130 (texto e notas), bem como as dadas por Maria Clara Calheiros, *O Contrato de Swap*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000 (n.º 51 da colecção *Studia Iuridica* do BFDUC), págs. 96 e segs..

²³ *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, cit., págs. 105, 129 e 130 (no texto e nas notas).

Civil, o que levanta dificuldades à fundamentação da natureza civil das obrigações em causa.

Se, por exemplo, nos debruçarmos sobre o diploma conhecido por “lei do jogo”, que estabelece o essencial do regime dos chamados jogos de fortuna ou azar, vemos que a legislação actual sobre jogos em casinos não contém derrogações expressas à regra da inexigibilidade do art. 1245 do Código Civil. Será legítimo brandir – como fazem Pires de Lima e Antunes Varela²⁴ – o art. 63 do Decreto 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, que derogou os arts. 1541 e 1542 do Código de Seabra relativamente “às zonas em que for autorizado o jogo de fortuna ou azar”?

Em favor da resposta afirmativa joga a natureza especial do preceito.

Mas, contra tal construção vai claramente o que se retira do citado estudo preparatório do Código Civil, da autoria de Inocêncio Galvão Telles. Sobre o sentido do que aí propôs (e que, na substância, o legislador acolheu inteiramente), escreveu Galvão Telles: “...Semelhante princípio é verdadeiro e aplicável, seja o jogo ou aposta permitido ou proibido, represente um facto lícito ou ilícito. Se é ilícito permanece como algo juridicamente indiferente, que a lei não veda mas também não tutela. Num caso e noutro não há por conseguinte um contrato eficaz, donde se desprendam vínculos conformes com o seu fim e assistidos de garantia jurídica. Em que casos o jogo e a aposta são permitidos e em que casos são proibidos compete à legislação especial dizê-lo (...). Quando nos termos dessa legislação o contrato de jogo ou aposta seja *válido*, modo legítimo de adquirir, é evidente que não tem aplicação o disposto neste Capítulo”²⁵.

Parece, pois, que as dívidas emergentes do jogo e aposta, para além do caso previsto no art. 1246, só serão exigíveis quando de legislação especial resulte que assim é, não bastando que essa legislação especial autorize a prática do jogo. No que especificamente respeita aos jogos de fortuna ou azar cuja prática em casino é autorizada por lei, como adiantámos, é curioso notar que a lei actual não contém norma de que se possa retirar a exigibilidade das dívidas emergentes de tais jogos²⁶.

Ao que fica dito acresce um outro (sub)problema, que é o de saber se as modalidades de jogo que a chamada lei do jogo não considera jogos de fortuna ou azar, mas sim “modalidades afins” dos mesmos, são jogo e aposta

²⁴ Ob. cit., pág. 853. No mesmo sentido, v. António Patacas, *Jogos de Fortuna ou Azar in* Ciência e Técnica Fiscal, n.ºs 202/204 (Outubro/Dezembro 1975) e 205/207 (Janeiro/Março 1976), em especial na pág. 50 do segundo número.

²⁵ *Contratos Cíveis*, cit., págs. 182 e 183, sublinhado no original.

²⁶ Essa lei é o Dec.-Lei 422/89, de 2 de Dezembro, alterado pelo Dec.-Lei 10/95, de 19 de Janeiro.

para efeitos civis. O acórdão da Relação de Évora de 1.10.98²⁷ parece ir no sentido de que tais “modalidades afins” não estão abrangidas no art. 1245 do Código Civil, sendo fontes de obrigações civis. No entanto, creio que nada ampara tal interpretação restritiva do art. 1245; o conceito civil de jogo e aposta não tem de coincidir com o conceito de “jogos de fortuna ou azar” e as razões que fundamentam o art. 1245 são mais amplas do que as que determinam o regime de tais “jogos de fortuna ou azar”.

3. O JOGO E O DIREITO PENAL

3.1. Aspectos de enquadramento

Como acabámos de referir, os chamados “jogos de fortuna ou azar” são objecto de leis especiais. Há diplomas sobre lotarias, totobola, totoloto, totogolo, bingo, jogos de casino, apostas com base nos resultados de corridas de cavalos, etc....

Entre todos esses diplomas, há um que tem função estruturante: o já referido Dec.-Lei 422/89, de 2 de Dezembro (alterado pelo Dec.-Lei 10/95, de 19 de Janeiro), dedicado precisamente à regulação dos “jogos de fortuna ou azar” – definidos pelo respectivo art. 1.º como “aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte”. Podemos dizer que tal regulação assenta nos seguintes princípios:

- a exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar são, por regra, proibidos (art. 3.º);
- o diploma prevê variados tipos penais como sanção à exploração e à prática dos jogos por ele proibidos, bem como a outras actividades com eles relacionadas; a esses crimes dá os nomes de exploração ilícita de jogo, prática ilícita de jogo, presença em local de jogo ilícito, coacção à prática de jogo, jogo fraudulento e usura para jogo – havendo ainda outro tipo, que a lei não denomina, e que abrange essencialmente o fabrico e o comércio de material de jogo, feitos sem autorização (arts. 108 a 117);
- são excepcionados da proibição (arts. 6.º a 8.º): os jogos praticados em casinos existentes em zonas de jogo criadas por diploma legal; os jogos praticados a bordo dos navios ou aeronaves que operem em percursos de acentuado interesse turístico, desde que tal prática ocorra quando esses navios ou aeronaves estejam fora de território nacional e tenha

²⁷ Publicado na CJ, ano XXIII, tomo IV, págs. 259 e segs..

sido objecto de autorização ministerial; os jogos praticados, sob a organização de uma entidade concessionária de uma zona de jogo, por ocasião de manifestações de relevante interesse turístico, desde que tal prática seja objecto de autorização ministerial; os jogos praticados em estabelecimentos hoteleiros ou afins, situados em localidades em que a actividade turística seja predominante, e também sob a organização de uma entidade concessionária de uma zona de jogo, desde que tal prática seja objecto de autorização ministerial e se contenha dentro das regras fixadas em decreto regulamentar; os jogos de bingo, nos termos da legislação aplicável;

- a concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar é, em regra, feita por concurso público (art. 10)²⁸;
- as contrapartidas das concessões envolvem obrigações de *facere*, ligadas à promoção do turismo (art. 16), e obrigações pecuniárias de índole fiscal – o chamado imposto especial de jogo (arts. 84 e segs.);
- merecem tratamento autónomo do dado aos jogos de fortuna ou azar os jogos designados por “modalidades afins” dos mesmos, cuja exploração é também, por regra, proibida e considerada contra-ordenação (arts. 159 e segs.); a fronteira entre os jogos de fortuna ou azar e tais modalidades afins não é clara, como adiante veremos, a propósito do tipo penal “prática ilícita do jogo”.

Antes de nos centrarmos nos aspectos especificamente penais da matéria, notaremos que as linhas gerais da legislação portuguesa sobre jogos de fortuna ou azar são as mesmas desde 1927. Seria possível resumir o Decreto 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, o Dec.-Lei 41.562, de 18 de Março de 1958, e o Dec.-Lei 48.912, de 18 de Março de 1969 – que antes do Dec.-Lei 422/89 ocuparam, sucessivamente, o lugar de diploma central na regulação das actividades em causa – quase com as mesmas palavras com que o regime do diploma vigente ficou sintetizado²⁹.

A posição da lei portuguesa vigente é, pois, a de que os jogos de fortuna ou azar, em princípio, são proibidos, sendo as actividades com eles relacionadas punidas como criminosas.

²⁸ Sobre o contrato de concessão de jogo, v. Diogo Freitas do Amaral, *O Caso do Tamariz, Estudo de Jurisprudência Crítica in O Direito*, ano XCVI, 1964, págs. 203 e segs., António Patacas, ob. cit., locs. cit., *passim*, José de Oliveira Ascensão e António Menezes Cordeiro, *Jogos de Fortuna ou Azar Contrato Administrativo in Revista de Direito Público*, ano II, n.º 3, Janeiro 1988, págs. 58 e segs..

²⁹ Para uma exposição exaustiva dos sucessivos regimes dos jogos de fortuna ou azar em Portugal até meados dos anos setenta, v. António Patacas, ob. cit., locs. cit., *passim*.

Tal como vimos suceder com a lei civil, também aqui a lei actual está em clara continuidade com uma tradição portuguesa e europeia, multissecular, ou melhor, multimilenar.

O Código Penal de 1886, que na matéria vigorou até ao referido Decreto 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, punia não só a exploração do jogo (tavo-lagem) e a profissão de jogador, como o próprio jogo ocasional (arts. 267, 264 e 265, respectivamente). Será especialmente saboroso recordar que aquele que se sustentava do jogo, fazendo dele a sua principal agência, era considerado vadio e como tal punido – o que equivale a dizer que estava sujeito não só a prisão até seis meses como a ser entregue “à disposição do Governo, para lhe fornecer trabalho pelo tempo que parecer conveniente” (art. 256, aplicável por força do referido art. 264).

Tais disposições do Código Penal de 1886 (incluindo a relativa aos vadios) inseriam-se na linha da tradição do nosso Direito anterior, nomeadamente do constante das várias Ordenações. Para não alongar as referências, direi apenas que as Ordenações Filipinas puniam criminalmente a prática de vários jogos, nomeadamente de cartas e de dados, e sobretudo a sua exploração (livro V, título LXXXII)³⁰.

Regras semelhantes vigoraram no resto da Europa, desde, pelo menos, a Roma Antiga³¹.

De resto, a protecção penal do jogo não se fica por aquilo que consta do Dec.-Lei 422/89, estendendo-se à equiparação dos bilhetes de lotaria a moeda para efeitos dos crimes de contrafacção e de passagem de moeda falsa (art. 267, n.º 1, alínea b), do Código Penal) e à incriminação da comercialização em Portugal de lotarias estrangeiras (arts. 22 e 23 do Decreto 12.790, de 30 de Novembro de 1926)³².

É interessante – quer do ponto de vista dogmático, quer dos pontos de vista extra-dogmáticos – analisar as normas que actualmente, entre nós, incriminam o jogo. Vamos centrar a atenção em quatro dos vários tipos penais

³⁰ Para mais elementos, v. António Patacas, ob. cit., CTF 203/205, págs. 19 e segs..

³¹ Cfr. Mota Pinto *ed altri*, ob. cit., págs. 40 e segs., Maria Lourdes Ramis, *Regimen Juridico del Juego*, Madrid, Marcial Pons, Universitat de les Illes Balears, 1992, págs. 20 e segs., bem como o que Ugo Gualazzini e Giovanni Pioletti escreveram na *Enciclopedia del Diritto*, no já referido verbete *Giunchi* (mais precisamente, v. vol. XIX, págs. 44 e segs. e 71 e segs.).

³² As normas nacionais restritivas da comercialização de lotarias estrangeiras, bem como outras normas nacionais limitadoras da exploração de jogos de fortuna e azar, têm dado origem a dúvidas sobre a sua conformidade com o Direito Europeu. O problema foi discutido, nomeadamente, nos casos *Schindler* (proc. C-275/92) e *Läära* (proc. C-124/97), podendo dizer-se que a orientação do Tribunal de Justiça vai no sentido de considerar legítimas as normas restritivas em causa.

em causa: prática ilícita de jogo, presença em local de jogo ilícito, exploração ilícita de jogo e fabrico e comércio de material de jogo. É nestes tipos que a valoração negativa das actividades ligadas ao jogo é mais nítida, pois os outros tipos parecem não passar de casos específicos de ofensa de valores também protegidos em tipos mais gerais. Na verdade, a usura para jogo é punida por remissão para a usura, a coacção à prática de jogo por remissão para a extorsão, a viciação ou falsificação de fichas, bem como a sua utilização, por remissão para o crime de moeda falsa e o jogo fraudulento por remissão para a burla agravada (v., respectivamente, arts. 114, 112 e 113, n.º 2 e 1, do Dec.-Lei 422/88).

3.2. Os principais tipos penais

Prática ilícita de jogo

“Quem for encontrado a praticar jogo de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 6 meses e multa até 50 dias” – art. 110 do Dec.-Lei 422/89.

Este tipo decompõe-se, assim, pelo menos aparentemente, em três elementos³³:

- praticar jogo de fortuna ou azar;
- fazê-lo em local não legalmente autorizado;
- ser encontrado na prática.

Antes de mais, realce-se o último elemento: pelo menos, a tomar a lei pelo seu valor facial, não basta a prática do jogo para haver crime; é preciso ser encontrado a fazê-lo! Seja-me permitido comentar que o legislador é ou sumamente hipócrita ou sumamente desastrado³⁴.

Quanto à noção legal de jogo de fortuna ou azar – obviamente relevante para vários efeitos, que não apenas o da circunscrição deste tipo penal – como já atrás dissemos, ela é a de que são qualificáveis como tais aqueles jogos cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte.

³³ Na análise deste tipo, bem como nas análises dos outros tipos que a seguir faremos, teremos apenas em vista os seus elementos objectivos (ou, se se preferir, analisaremos apenas os tipos objectivos). No que respeita ao chamado elemento subjectivo do tipo (ou, se se preferir, aos tipos subjectivos), parece claro que qualquer destes crimes só está previsto na forma dolosa.

³⁴ Nomeadamente por confundir um facto com a prova do mesmo, já que o “ser encontrado” a praticar jogo em nada altera o facto de se estar a praticá-lo, não passando, na essência, de um meio probatório do mesmo facto.

Esta definição é muito ampla e pouco precisa: sempre que os intervenientes num jogo têm níveis de perícia semelhantes, o jogo assenta fundamentalmente na sorte. O saldo de uma noite de *poker* entre jogadores com níveis de perícia altamente desnivelados não é aleatório – ganha sempre o mais capaz. O saldo de uma tarde de ténis ou pingue-pongue entre jogadores nivelados é aleatório. Donde se poderá retirar que o *poker*, por vezes, não é um jogo de fortuna ou azar e o pingue-pongue, por vezes, o é...

Há, porém, que ter em conta a delimitação da noção de jogo de fortuna ou azar que resulta da também já referida categoria legal “modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar” – categoria de jogos esta que a lei constrange por meios muito menos drásticos do que os que emprega contra os jogos de fortuna ou azar. Na verdade, em relação a tais “modalidades afins”:

- a lei limita-se a considerar a sua exploração não autorizada como contra-ordenação (embora punida duramente, pois à coima de 50.000\$00 a 5.000.000\$00, acrescem, em certas circunstâncias, a perda do equipamento de jogo e a interdição, até seis meses, do exercício de quaisquer actividades nos estabelecimentos em causa);
- a lei não pune a sua prática, mas apenas a sua exploração.

Lendo o n.º 1 art. 159 do Dec.-Lei 422/89³⁵, não se percebe como é que tais modalidades se distinguem dos jogos de fortuna ou azar, nomeadamente por que razão o legislador inclui nelas operações em que a esperança de ganho reside somente na sorte – o que obviamente coincide com a definição legal de jogo de fortuna ou azar³⁶. O n.º 2 do mesmo artigo pretende contribuir para o esclarecimento do leitor sobre o pensamento legislativo, ao dizer que são, nomeadamente, abrangidos no conceito em causa “rifas, tómbolas, sorteios, concursos publicitários, concursos de conhecimentos e passatempos”, mas a verdade é que essa exemplificação a pouco conduz.

A Jurisprudência hesita sobre o critério de distinção entre os jogos de fortuna ou azar e essas “modalidades afins”. Como adiante veremos, há vários acórdãos da Relação do Porto a dizer que a diferença entre as duas figuras resulta das palavras “operações oferecidas ao público” que a lei inclui na definição das “modalidades afins”. À luz dos textos legais, parece-me que o elemento caracterizador de tais “modalidades afins” é o de os seus prémios terem de consistir em coisas diversas de dinheiro. Na verdade, embora a lei

³⁵ “Modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar são as operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside conjuntamente na sorte e perícia do jogador, ou somente na sorte, e que atribuem como prémios coisas com valor económico”.

³⁶ Recorde-se que essa definição, constante do art. 1.º do mesmo diploma, é a de jogos “cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte”!

não seja clara, julgo que se deve interpretar a parte final do n.º 1 do art. 159 (“que atribuem como prémios coisas com valor económico”) como visando consagrar a ideia de que os prémios em causa não podem consistir em dinheiro. Mas a questão – apesar da sua enorme relevância prática – está longe de ser pacífica.

Poder-se-á mesmo dizer que só por recurso a conceitos-tipo (em oposição a conceitos classificatórios)³⁷ é possível caracterizar as noções de “jogos de fortuna ou azar” e de “modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar”. Nesta linha de pensamento, permito-me sugerir uma construção segundo a qual o tipo “jogos de fortuna ou azar” teria como núcleo central uma aposta necessariamente em dinheiro, habilitante a um prémio em dinheiro, e o tipo “modalidades afins” teria como núcleo central uma prestação, normalmente avaliável em dinheiro, mas não necessariamente consistente em dinheiro, habilitante a um prémio, sempre avaliável pecuniariamente, mas nunca consistente em dinheiro³⁸. Resta saber se a construção dos tipos (*Tatbestände*) penais pode, à luz dos princípios constitucionais, ser feita com inclusão de conceitos-tipo³⁹.

³⁷ Sobre estas noções, v., por mais recentes, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, págs. 24 e segs., e o meu *Tipicidade e Atipicidade*, cit., págs. 96 e segs..

³⁸ E, assim pensando, torna-se irresistível nova evocação de Wittgenstein, nomeadamente das seguintes passagens: “Como se delimita o conceito do jogo? O que é ainda um jogo e o que é que já não o é? Podes especificar as fronteiras? Não? (...) Poder-se-ia dizer que o conceito de jogo é um conceito de contornos esfumados” (ob. cit., págs. 230 e 231).

³⁹ Da Doutrina parece resultar a aceitação dessa possibilidade. A título de exemplo, citem-se Jorge Miranda e Miguel Pedrosa Machado “... em si e por si, nem as normas penais em branco, nem os denominados tipos abertos são (ou funcionam como) casos de detecção de inconstitucionalidades materiais, por abstracta violação da vertente do princípio da legalidade neste trabalho considerada. Tanto em relação a umas como a outros, e tendo em conta a extraordinária latitude das situações a que podem dizer respeito, não poderá nunca bastar a formulação de um juízo abstracto de desconformidade à Constituição. Esta observação é, no entanto, mais evidente no que concerne aos «tipos abertos», em razão, desde logo, da própria finalidade meramente analítica que tal classificação prossegue. A matéria das normas penais em branco pode e deve prestar-se a uma atenção mais cuidada desse ponto de vista formal...” (*Constitucionalidade da Protecção Penal dos Direitos de Autor e da Propriedade Industrial in Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 4, Fasc. 4, Outubro-Dezembro 1994, pág. 486). De resto, deve esclarecer-se que a construção dos tipos penais com inclusão de conceitos-tipo não equivale à construção de normas penais em branco, mas meramente à introdução de conceitos indeterminados no tipo – o que parece ser pacificamente admitido (sobre isto, nomeadamente a noção de normas penais em branco e a sua distinção face às normas penais com conceitos indeterminados, v. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, *o Regime Legal do Erro e as Normas Penais em Branco*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, págs. 31 e segs.).

Frise-se, para o caso de alguém não ter reparado, que à noção legal de jogo de fortuna ou azar não é, aparentemente, co-essencial a aposta a dinheiro, nem sequer o dispêndio de dinheiro. À luz da definição legal, é, pois, defensável que um concurso televisivo como "A Febre do Dinheiro" é um jogo de fortuna ou azar...

Os locais não autorizados são todos – à excepção dos que a lei expressamente prevê como autorizados, pois o art. 3.º, n.º 1, do Dec.-Lei 422/89 determina que a exploração e a prática dos jogos de fortuna ou azar só são permitidas nos casinos existentes em zonas de jogo criadas por decreto-lei ou, fora daqueles, nos casos excepcionais dos arts. 6.º a 8.º do mesmo diploma.

Tenho dois comentários a fazer ao tipo penal "prática ilícita de jogo". O primeiro é o de que ele é provavelmente inconstitucional (por razões que nada têm a ver com o carácter indeterminado do conceito do "jogos de fortuna ou azar"). O segundo é o de que ele é, de certeza, discutível...

Desenvolvendo os dois comentários, recordarei que a Constituição determina, no seu art. 18, n.º 2, que as restrições legais aos direitos e liberdades dos cidadãos se devem limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Não vejo quais são os direitos ou interesses constitucionalmente protegidos para cuja salvaguarda é necessário incriminar a prática de jogos de fortuna ou azar, em especial aqueles que não envolvem o dispêndio de dinheiro pelo jogador. A razão da permanência da incriminação, com a sua enorme latitude, é, como adiante melhor veremos, a inércia na manutenção de mecanismos antiquados de defesa dos cidadãos contra o pecado e a dissipação do património, a par da protecção de interesses fiscais do Estado (e das entidades por ele beneficiadas). Discutíveis parece-me o mínimo que a tais fundamentos de incriminação se pode chamar.

Presença em local de jogo ilícito

"Quem for encontrado em local de jogo ilícito por causa deste será punido com a pena prevista no artigo anterior, reduzida a metade" – art. 111 do Dec.-Lei 422/89.

Este tipo decompõe-se, pois, nos seguintes elementos:

- estar em local de "jogo ilícito";
- estar nesse local por causa do jogo;
- ser encontrado nesse local.

A propósito deste último elemento, são de reeditar as considerações feitas a propósito do elemento paralelo do crime da prática ilícita de jogo. Para haver o crime de presença em local de jogo ilícito, não basta a presença num tal local; é necessário aí ser encontrado. Legislador hipócrita ou incapaz?

Quanto à noção de “jogo ilícito” é perfeitamente razoável levantar a dúvida de saber se a mesma só abrange os locais onde, não autorizadamente, se pratiquem jogos de fortuna ou azar ou se a mesma abrange os locais onde, não autorizadamente, se pratiquem “modalidades afins dos mesmos”. É óbvio que literalmente a lei aponta para a interpretação mais ampla. Tendo, porém, em vista que a lei não considera ilícita a prática de tais modalidades (mas somente a sua exploração não autorizada), parece que só a interpretação restritiva é aceitável.

Exploração ilícita de jogo

“Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até dois anos e multa até 200 dias” – art. 108, n.º 1, do Dec.-Lei 422/89.

Este preceito levanta ao intérprete as mesmas dificuldades que o já analisado preceito incriminador da prática ilícita de jogo levanta, no que respeita à noção de “jogos de fortuna ou azar”, e, sobretudo, à sua fronteira com as modalidades afins dos mesmos. Abaixo veremos como tais problemas surgem na Jurisprudência.

Fabrico e comércio de material de jogo

“Quem, sem autorização da Inspeção-Geral de Jogos, fabricar, publicitar, importar, transportar, transaccionar, expuser ou divulgar material e utensílios que sejam caracterizadamente destinados à prática dos jogos de fortuna ou azar será punido com prisão até 2 anos e multa até 200 dias” – art. 115, n.º 1, do Dec.-Lei 422/89.

Parece, pois, que são, em princípio actividades criminosas fabricar, negociar e expor cartas, dados e roletas. O tipo é tão aberto que em muitas lojas de brinquedos (de resto, na sua modalidade tradicional, espécie de estabelecimento comercial em vias de extinção) e nas secções dos supermercados que lhes sucederam se cometem diariamente factos criminosos nele compreendidos.

3.3. Alguns casos jurisprudenciais

De seguida vou apresentar alguns casos jurisprudenciais – todos posteriores ao Dec.-Lei 422/89, de 2 de Dezembro – de aplicação da norma incriminadora da exploração ilícita de jogo.

Acórdão da Relação do Porto de 24.5.95⁴⁰

Neste acórdão, que se debruçou sobre factos de 1992, foi declarado expressamente que “não é elemento do tipo legal do crime de exploração de jogo de fortuna ou azar que o jogador tenha ganho ou perda de natureza económica consoante o resultado do jogo”. Embora não tenha concluído com uma condenação, mas sim com o reenvio do processo ao tribunal recorrido para novo julgamento em que melhor se apurassem os factos, do acórdão em causa constam afirmações que levaram quem o sumariou para a Colectânea de Jurisprudência a concluir que a proposição essencial do mesmo é a de que «é ilícita a exploração de jogos cujo resultado dependa exclusivamente do acaso, mesmo que desse resultado não advenha qualquer vantagem ou desvantagem económica para o jogador, como sucede com as máquinas “flippers”». Felizmente, esse sumário parece exceder o que no acórdão se afirma...

Acórdão da Relação do Porto de 5.2.97⁴¹

Por este acórdão foi confirmada a condenação pelo Tribunal de primeira instância de uma pessoa como autora de um crime de exploração de jogo, com base no facto de, no ano de 1994, a pessoa em causa explorar num café duas máquinas cujos resultados dependiam do acaso – em relação a uma das máquinas exclusivamente e em relação à outra fundamentalmente. Em ambos os casos, por cada jogo havia que pagar 100\$00, consistindo os prémios em objectos ou dinheiro, à escolha dos jogadores. Uma das máquinas era electrónica e imitava nos seus símbolos o jogo de *poker*. A outra era meramente mecânica e permitia jogar um jogo do tipo “rifas”.

O Tribunal discutiu essencialmente a questão da fronteira entre os jogos de fortuna ou azar e as suas modalidades afins, tendo afirmado que «o único

⁴⁰ Publicado na CJ, ano XX, tomo III, págs. 259 e segs..

⁴¹ Publicado na CJ, ano XXII, tomo I, págs. 249 e segs..

elemento diferenciador das duas figuras radica nas “operações oferecidas ao público” existentes nas modalidades afins do jogo de fortuna ou azar e inexistentes no jogo de fortuna ou azar propriamente dito»⁴².

Devo re-afirmar que este critério não me parece defensável, pois equivale a despromover de crime a contra-ordenação os casos em que para além dos elementos do tipo criminal está presente um elemento que só pode razoavelmente ter cariz agravante da ilicitude (a oferta ao público). O critério distintivo parece-me dever antes ser construído nos termos que atrás expus, a propósito do crime de prática ilícita de jogo.

*Acórdão da Relação do Porto de 9.7.97*⁴³

Por este acórdão foi confirmada a condenação pelo Tribunal de Baião de duas pessoas como autores de um crime de exploração de jogo, com base nos seguintes factos ocorridos em 1994:

- Um dos arguidos era dono de um estabelecimento comercial do tipo “café”
- O outro era dono da máquina e do painel numérico a seguir referidos
- A máquina em causa continha “ovos”, cada um dos quais continha um número
- Para retirar cada ovo, os interessados tinham de introduzir uma moeda de 100\$00
- Se o número constante do ovo condissesse com algum dos números constantes do painel, o jogador teria direito a receber a quantia indicada no painel, a propósito de cada número; se o número não condissesse com nenhum dos números do painel, o jogador nada recebia
- Os dois arguidos tinham combinado dividir os lucros resultantes da exploração do jogo.

Neste acórdão, a Relação do Porto, por meio dos mesmos Juízes que tinham lavrado o acórdão de 5.2.97, voltou a defrontar-se com a questão da fronteira entre os jogos de fortuna ou azar e as suas modalidades afins, tendo re-afirmado que o único elemento diferenciador estaria no elemento “operações oferecidas ao público”, que seria caracterizador das modalidades afins.

Já atrás expressei a minha discordância com tal tese e apresentei a alternativa que proponho.

⁴² Esta mesma ideia teria sido já afirmada num acórdão da Relação do Porto de 26.4.95, de que só conheço o sumário (BMJ n.º 446, pág. 354).

⁴³ Publicado na CJ, ano XX, tomo IV, págs. 234 e segs..

Acórdão da Relação de Évora de 19.10.99⁴⁴

Por este acórdão foi confirmada a condenação pelo Tribunal de Silves de duas pessoas como autores de um crime de exploração de jogo, com base nos seguintes factos ocorridos em 1995:

- Um dos arguidos era dono de um estabelecimento comercial do tipo "café"
- O outro era dono de uma máquina de jogo electrónica
- O resultado do jogo que a máquina em causa permitia desenvolver não estava na dependência da perícia do jogador
- Cada jogo custava 100\$00
- Por cada jogo o jogador recebia uma pastilha elástica
- O jogo tinha uma certa duração mínima, podendo a mesma ser excedida em resultado da pontuação atribuída aleatoriamente pela máquina ao jogador
- O dono da máquina e o dono do "café" acordaram explorar em conjunto a máquina, cabendo 80% dos lucros ao dono do café e 20% dos mesmos ao dono da máquina.

Acórdão da Relação do Porto de 26.4.00⁴⁵

Por este acórdão foi condenada uma pessoa como autor material de um crime de transacção de material de jogo ilícito, com base nos seguintes factos ocorridos em 1997:

- O arguido condenado vendeu a outro arguido diverso material destinado à prática de um jogo
- O jogo em causa consistia no seguinte: existia um quadro dividido em 102 números, estando alguns de tais espaços ocupados por objectos e outros não; os não ocupados por objectos ocultavam um outro número, que só era revelado aos jogadores nos termos que abaixo referirei; para participar, os interessados tinham de pagar 50\$00 por cada senha que desejassem; a cada senha correspondia um número; se o número da senha coincidissem com algum dos números dos objectos do expositor, o jogador recebia o objecto em causa; se o número da senha coincidissem com algum dos outros números do quadro, o jogador teria direito a receber o valor da sua senha multiplicado pelo número oculto cor-

⁴⁴ Publicado na CJ, ano XXIV, tomo IV, págs. 296 e segs..

⁴⁵ Publicado na CJ, ano XXV, tomo II, págs. 244 e segs..

respondente ao número do quadro em causa, número oculto esse que então era revelado; se o número da senha não coincidissem com qualquer número do quadro, o jogador a nada tinha direito.

- A compradora destinava o material transaccionado à exploração do jogo em causa num estabelecimento comercial de que era dona.

3.4. Jogos de perícia

A fúria anti-jogo do legislador penal abrange ainda os jogos que não são de fortuna ou azar, isto é, aqueles cujos resultados dependem exclusiva ou fundamentalmente da perícia do jogador. A exploração de tais jogos é proibida, exceptuando-se da proibição aqueles cujos prémios consistam apenas no prolongamento gratuito da utilização da máquina, em função da pontuação obtida (art. 162, n.º 1, do Dec.-Lei 422/89, de 2 de Dezembro, na redacção do Dec.-Lei 10/95, de 19 de Janeiro).

O legislador aproveita ainda o preceito que contém a proibição em causa para estabelecer que os aparelhos destinados à venda de produtos não podem atribuir prémios com valor económico (n.º 2 do referido art. 162).

3.5. O bem jurídico protegido

No Código Penal de 1886, as normas incriminadoras do jogo inseriam-se num capítulo (intitulado "Dos jogos, lotarias, convenções ilícitas sobre fundos públicos e abusos em casas de empréstimos sobre penhores") do título que regulava os crimes contra a ordem e tranquilidade pública, indiciando que os bens jurídicos protegidos estavam compreendidos nos invocados na designação de tal título. Outros códigos, noutros países, inseriram a incriminação do jogo no âmbito dos crimes contra a propriedade ou usaram a técnica de regular a matéria num título autónomo⁴⁶. Noutros casos, como sucede em Portugal actualmente, a matéria é tratada em diplomas especiais, o que evita ao legislador ter de, por via do plano sistemático do código penal, tomar posição sobre os valores que pretende proteger com a incriminação em causa.

Não estando manietada pelos indícios fornecidos pela arrumação sistemática feita pelo legislador, a Doutrina dos vários países cujas leis incriminam o jogo discute acerca do bem jurídico protegido pela incriminação. As res-

⁴⁶ V. Maria Lourdes Ramis, ob. cit., pág. 50 e segs..

postas mais frequentes apontam, em consonância com as indicações dos legisladores, para a protecção do património e para a protecção dos bons costumes⁴⁷. Unificando as duas respostas, é sempre lembrada a ideia tradicional de que o mundo do jogo é uma fábrica de crimes e de perturbações da ordem pública (ideia essa que certamente presidiu ao referido tratamento sistemático da matéria no Código de 1886). Outra resposta possível é a de entender que o Estado protege os seus interesses de índole fiscal.

A discussão não pode obviamente ser feita com abstracção da configuração específica dos tipos penais de cada sistema jurídico. No nosso Direito vigente são punidos, como vimos, a exploração ilícita de jogo, a prática ilícita de jogo, a presença em local de jogo ilícito, o fabrico e comércio de material de jogo, a usura para jogo, a coacção à prática de jogo, a viciação ou falsificação de fichas, bem como a sua utilização, e o jogo fraudulento. Como também vimos, é nos primeiros quatro dos tipos penais em causa que a valoração negativa do jogo em si próprio é mais nítida. Usemos, pois, esses quatro tipos como base de reflexão.

Entre eles, os mais severamente punidos são a exploração ilícita de jogo e o fabrico e comércio de material de jogo; segue-se a prática ilícita de jogo, vindo em último lugar a presença em local de jogo ilícito.

De as actividades de explorar jogo, praticar jogo, estar presente em locais de jogo e fabricar ou comercializar material de jogo só serem criminosas quando se referem ao jogo ilícito e de jogo ilícito, nos casos em vista, equivaler a jogo não autorizado pode retirar-se que a protecção dos bons costumes (adoptemos a expressão em causa, sem com isso aderir ao seu significado literal...) não é a única justificação para as incriminações. Não é razoável entender que da mera circunstância de ser praticado em local não autorizado resulta que o jogo deva passar de actividade lícita a ofensa aos bons costumes tão grave que merece ser incriminada.

De a exploração de jogo ilícito e o fabrico e comércio de material de jogo serem punidos mais fortemente que a prática do jogo e muito mais fortemente que a mera presença em local de jogo ilícito pode retirar-se que os interesses fiscais do Estado estão presentes, pelo menos, nos dois primeiros desses tipos.

De a prática de jogo ilícito ser punida mais fortemente que a mera presença em local de jogo ilícito pode retirar-se que a protecção da dissipação patrimonial tem um papel, pelo menos, no primeiro destes dois tipos.

Embora entenda que nenhum dos bens jurídicos referidos justifica a punição criminal das actividades ligadas ao jogo, creio que na base dos quatro

⁴⁷ V. Maria Lourdes Ramis, ob. cit., loc. cit..

tipos penais em causa estão, sincreticamente, os três valores referidos (bons costumes, propriedade, interesse fiscal) ou melhor, certos entendimentos desses valores – cuja permanência na ordem jurídica resulta da inércia política. Em cada um dos quatro tipos penais considerados parece haver pesos diferentes dos três valores em causa, mas é defensável que estes estão presentes em todos aqueles.

Parece-me, porém, fora de dúvida que a defesa que o Estado faz, por tal via, dos bens jurídicos referidos é inconsequente e incoerente. Para ser consequente e coerente, o Estado não deveria proteger os bons costumes e a propriedade apenas quando os atentados a tais valores ocorrem em local não autorizado. No que toca aos interesses fiscais do Estado, mesmo que os mesmos justifiquem a punição criminal de quem frustra a arrecadação de impostos – ou seja, a punição criminal da exploração ilícita de jogo –, eles não justificam certamente os outros tipos penais em causa.

4. O JOGO E O DIREITO FISCAL

A relevância fiscal do jogo foi objecto de um livro publicado há pouco mais de um ano, que contém uma análise inteligente, informada e extremamente interessante da matéria. Trata-se da obra *Os Impostos do Pecado, o Alcool, o Tabaco, o Jogo e o Fisco*, de Sérgio Vasques⁴⁸. Apesar de não poder competir com a análise aí feita, quero, ainda assim, abordar alguns aspectos da tributação do jogo, remetendo o leitor interessado em aprofundamentos para a obra em causa.

Como atrás referi, sobre a exploração concessionada do jogo incide o chamado imposto especial de jogo (art. 84 do Dec.-Lei 422/89) – que é especial em mais do que um sentido. Na verdade, essa tributação assenta nas seguintes duas regras, sem paralelo:

- às empresas a ela sujeitas não é exigível qualquer outra tributação, geral ou local, relativa ao exercício da actividade do jogo ou de quaisquer outras a que se encontrem obrigadas nos termos dos contratos de concessão (art. 84, n.º 2);
- o imposto não incide sobre o rendimento das empresas, mas sim sobre as receitas de alguns jogos e os capitais em giro noutros, ao que acresce, neste caso, a tributação dos lucros das bancas relevantes (arts. 85 e segs.).

⁴⁸ Coimbra, Almedina, 1999.

Também nesta matéria, a lei vigente tem raízes longas – embora muito menos antigas do que as normas civis e penais. As linhas essenciais da tributação da exploração concessionada do jogo vêm do acima referido Decreto 14.643, de 3 de Dezembro de 1927⁴⁹.

Quanto à tributação, em sede de IRS, dos rendimentos do jogo auferidos pelos jogadores, vigora também um regime especial, embora não único. Até há pouco⁵⁰, objecto de uma categoria própria (a I) os prémios de jogo são tributados com taxas liberatórias definitivas, estando, pois, vedado aos sujeitos passivos proceder ao englobamento dos valores em causa (arts. 12 e 74, n.ºs 1 e 2, alíneas b) e f), do respectivo Código)⁵¹.

O aproveitamento pelo Estado do jogo como fonte de receita é certamente tão antigo quanto o é a repressão penal pelo Estado do jogo enquanto actividade perigosa. E se a técnica de tributação ínsita no imposto especial de jogo não é multissecular, já o são a organização de lotarias e jogos afins pelo Estado, bem como o monopólio da produção de material de jogo⁵². Quem fala em aproveitamento pelo Estado fala também em aproveitamento facultado pelo Estado, nomeadamente no realizado pelas Misericórdias e instituições similares. Como é sabido, entre nós, a Santa Casa da Misericórdia de Lisboa tem, de há muito, o exclusivo da exploração de lotarias, totobola, totoloto (actualmente, por força do Dec.-Lei 322/91, de 26 de Agosto, e do Dec.-Lei 314/94, de 23 de Dezembro).

5. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS, POUCO “CIENTÍFICAS”

O tratamento jurídico do jogo no Direito português vigente, para além de levantar inúmeras dúvidas de regime, parece, nas suas linhas essenciais, passível de críticas fortes.

⁴⁹ Sobre a evolução do Direito Fiscal português nesta área, v. Sérgio Vasques, ob. cit., págs. 87 e segs..

⁵⁰ No momento em que estou a acabar este texto, acaba de ser publicada a Lei 30-G/2000, de 29 de Setembro, que consagra uma relevante reforma fiscal da tributação do rendimento. Dessa reforma resulta a extinção da referida categoria especial (com a passagem dos rendimentos do jogo para a categoria residual dos incrementos patrimoniais), mas não resulta qualquer alteração substancial ao regime de tributação.

⁵¹ Para desenvolvimentos, v. Sérgio Vasques, ob. cit., págs. 91 e segs..

⁵² V. Sérgio Vasques, ob. cit., págs. 154 e segs., e ainda Rogério M. Fernandes Ferreira e Sérgio Vasques, *A Tributação das Gratificações em sede de IRS: a propósito do Acórdão n.º 497/97, do Tribunal Constitucional in Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor João Lumbrales*, FDUL/Coimbra Editora, 2000, *maxime* págs. 998 e segs..

No que diz respeito às dúvidas de regime, no campo do Direito Privado, elas residem sobretudo em saber em que casos as dívidas provenientes do jogo são exigíveis. Bastará que o jogo seja lícito para que uma dívida dele resultante seja exigível ou será necessário algo mais? No campo do Direito Penal, as normas incriminadoras estão escritas com tal descuido que é possível fazer entrar nelas as mais inocentes actividades, nomeadamente o jogo que não envolve apostas a dinheiro. Acresce que é quase impossível saber quais os jogos que a lei pune como crimes e os que pune como contra-ordenações. Para culminar este triste panorama, alguns dos tipos penais em causa nem sequer são letra morta. As autoridades policiais e judiciais perseguem quem pratica o jogo não autorizado e sobretudo quem o explora.

Passando aos problemas de política legislativa, começo por enfatizar a falta de unidade do sistema⁵³ ou, por outras palavras menos eufemísticas, o carácter hipócrita do sistema. No caso dos crimes de exploração ilícita de jogo e de fabrico e comércio de material de jogo, a mesma actividade é considerada lícita ou criminosa consoante há ou não a explorá-la uma entidade articulada com o Estado. Se quem a explora não está benzido pelo Estado há crime. Se quem a explora é o Estado, alguém por sua conta ou que lhe pague impostos pela mesma actividade, há actividade lícita.

Pelo menos, nos casos dos tipos penais prática ilícita de jogo e presença em local de jogo ilícito, o principal bem jurídico protegido pela incriminação do jogo é semelhante ao que está em causa sempre que a alguém é propiciada oportunidade de realizar uma actividade que lhe pode ser perniciosa. Com a diferença de que, pelo menos no plano da saúde física, o jogo é menos letal do que as drogas – incluindo o tabaco – e o álcool.

Vistas as coisas de outro ângulo: o vício do jogo a dinheiro só é combatido se não se expressar em local ou meio autorizado. Se o jogador se arruinar em salão de casino, sala de bingo, “comprando” lotaria ou “raspadinha”, apostando em totobola ou totoloto, o Estado, a colectividade, nada tem a opor e arrecada a receita.

É impossível negar as consequências perniciosas do jogo a dinheiro. Não vale sequer a pena enunciá-las – tão evidentes são⁵⁴. Estou, no entanto,

⁵³ Na sua intervenção, Armando Marques Guedes criticou a ideia que eu teria de que as regras jurídicas formariam um sistema, tendo sustentado que as mesmas são um conjunto a-sistemático. Devo, no entanto, explicitar, que não considero que o conjunto em causa seja sistemático – o aplicador do Direito é que, em obediência às regras da hermenêutica jurídica, está forçado a tentar interpretá-las como sistematicamente integradas. Por outras palavras, sistema é um ponto de chegada desejado (e, neste caso, inalcançado) e não um ponto de partida.

⁵⁴ A expressão literária dos dramas dos jogadores (pelo menos, dos jogadores pertencentes à aristocracia e à burguesia europeias do século XIX...) é o famosíssimo romance de Dostoiévski

firmemente convencido de que a punição criminal do jogo não só não alcança o fim com que se legitima (constranger o jogo) como não tem justificação. Ao defender isto, não estou a propor que a exploração de jogos a dinheiro seja livre; concordo em que a actividade em causa só deve poder ser exercida mediante autorização administrativa; do que discordo é da sua consideração como criminosa; mais discordo ainda de que no regime restritivo do jogo sejam incluídos jogos em que não há apostas a dinheiro...

A incriminação da prática do jogo representa, a meus olhos, uma repressão injustificada da liberdade individual. O Estado não tem de – e não deve – tutelar as opções individuais de conduta de que não resultam directamente lesões para os direitos dos outros cidadãos. Nas expressões clássicas de Stuart Mill, "... the individual is not accountable to society for his actions, in so far as these concern the interest of no person but himself" e "advice, instruction, persuasion, and avoidance by other people... are the only measures by which society can justifiably express its dislike or disapprobation of his conduct"⁵⁵. Ou, nas palavras do já referido Victorino Coelho: "Demagogos temíveis, pretendem combater um mal pernicioso com outro mal mais pernicioso ainda – o despotismo..."⁵⁶.

A citação das palavras de Stuart Mill leva-me a uma nota mais ligada com o nosso quotidiano. Opiniões, conselhos, argumentos e exemplos contra o jogo a dinheiro não é algo que a sociedade dê. A sociedade dá a "Febre do Dinheiro" e similares. Apesar de este concurso televisivo não envolver apostas a dinheiro, creio que a sua perniciosidade social é muito maior do que a de todos os jogos explorados nos cafés do nosso país⁵⁷. A meus olhos é dolorosamente irónico ler os acórdãos condenatórios que neste texto referi na mesma ocasião em que as estações de televisão portuguesas competem entre si essencialmente com recurso a jogos com prémios em dinheiro. Se analisar a legislação sobre o jogo me interessa como jurista, mostrar os seus absurdos motiva-me como cidadão.

A terminar peço licença para entrar pela "psicanálise social", a fim de sugerir que o forte constrangimento do jogo pela lei não se deve apenas a uma visão tradicional e hipócrita dos problemas sociais do jogo e a razões de índole fiscal. Deve-se também às tendências repressivas presentes em todas as sociedades – pelo menos, nas modernas.

intitulado precisamente *O Jogador* – cuja evocação, neste contexto, é uma tentação igual à que o jogador aí retratado sente pela roleta!

⁵⁵ *On Liberty*, no início do capítulo V (na edição que ora uso, a cargo de Edward Alexander, da Broadview – Toronto, 1999 – pág. 143).

⁵⁶ Ob. cit., pág. 11.

⁵⁷ O que, sublinhe-se, não me leva a defender a sua proibição...

A lei condena o jogo por ele mesmo – e não apenas quando ele é a dinheiro e dele podem resultar consequências nefastas. Para retomar a definição de Huizinga, o que caracteriza o jogo é não ser vida vulgar, ser voluntário e envolver prazer. Uma tal actividade é dissolvente da ordem social estabelecida, que exige que cada um de nós viva uma vida vulgar, trabalhando, cumprindo outras obrigações e renunciando ao prazer.

Nem o facto de muitos filósofos terem elogiado o jogo⁵⁸, nem o facto de os antropólogos mostrarem que o jogo é dos poucos procedimentos comuns a todas as sociedades podem vencer as pulsões sociais repressivas.

Resta, pois, reclamar passos no sentido da despenalização de condutas anacronicamente consideradas criminosas, acompanhados de melhoramentos da técnica legislativa.

Lisboa, Janeiro de 2001

ADENDA

Passado quase meio ano sobre o momento em que encerrei a elaboração deste texto, deparei com o Acórdão n.º 93/2001 do Tribunal Constitucional (publicado no D.R., II Série, de 5 de Junho de 2001), no qual foi apreciado um recurso onde era invocada a inconstitucionalidade dos arts. 108 e 115 do Dec.-Lei 422/89 (ou seja, dos tipos “exploração de jogo ilícito” e “fabrico e comércio de material de jogo”) com fundamento na violação do princípio da tipicidade da lei penal, alegadamente consagrado no art. 29, n.º 1, da Constituição. Sustentava o recorrente que a noção de jogo de fortuna ou azar constante do art. 1.º do Dec.-Lei 422/89 e recolhida nos referidos arts. 108 e 115 do mesmo diploma violaria tal princípio da tipicidade. O Tribunal Constitucional indeferiu o recurso, considerando que as redacções dos preceitos relevantes não põem em causa a determinação do tipo penal.

Como resulta do atrás escrito (nota 38), também o autor destas linhas julga que a construção dos tipos penais com inclusão de conceitos-tipo não equivale à criação de normas penais em branco; provavelmente também não teria, pois, julgado inconstitucionais os arts. 108 e 115 do Dec.-Lei 422/89. Nem por isso, contudo, tem qualquer palavra a retirar ao texto agora aditado, nomeadamente ao seu último parágrafo.

Junho 2001

⁵⁸ V. o verbete Jogo, da autoria de Manuel da Costa Freitas, na *Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, da Verbo.