

Introdução ao direito do jogo

JORGE GODINHO *

Sumário: 1. O jogo a dinheiro; 2. O direito do jogo; 3. Delimitação negativa e zonas de fronteira; 4. Jogar (*to play*) o jogo (*the game*); 5. O jogo como facto institucional; 6. Dados e cartas; 7. A base científica do jogo organizado; 8. A expansão do jogo autorizado; 9. O jogo e o direito; 10. Interdisciplinaridade

1. O jogo a dinheiro

É milenar a intencional exposição lúdica ao incerto e ao aleatório, com consequências patrimoniais.¹ O *ludere in pecuniam* é uma constante humana. As tipologias de jogo que dependem totalmente da sorte — os jogos de dados, as lotarias, o Bingo, ou certos jogos de fortuna ou azar como o Bacará Ponto e Banca, o Blackjack, ou a Roleta — são paradigmas desta deliberada busca de risco com intuito lucrativo.

JURISMAT, Portimão, n.º 17, 2023, pp. 103-135.

* Professor associado do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes, Portimão, Algarve, Portugal; Professor visitante da Universidade de Macau (ex-coordenador do mestrado em *International Business Law*).

¹ O presente texto é uma versão revista (com aditamentos, supressões e actualizações), na perspectiva do ordenamento jurídico português, de um excerto do nosso *Direito do jogo*, vol. 1, Fundação Rui Cunha, Macau, 2016.

De um ponto de vista jurídico, no domínio do jogo há que lidar com três grandes categorias ou tipologias: jogos (em sentido restrito), apostas e lotarias.

Os jogos são sistemas artificiais finitos de criação de chance e conflito, com finalidade lúdica, entre dois ou mais jogadores, através de objectos de jogo, regras e procedimentos, cujo funcionamento conduz ao apuramento de um resultado que dita vencedor(es) e perdedor(es) — ou um empate, caso as regras o admitam.²

As apostas consistem numa divergência de prognóstico ou opinião sobre um facto, normalmente binária, cujo desfecho ou esclarecimento determina o vencedor.

As lotarias são uma pura extracção aleatória ou sorteio, por variados processos, nomeadamente mecânicos ou informáticos (através de um gerador de números aleatórios, o *random number generator*), de que resulta um vencedor ou poucos vencedores e múltiplos perdedores.

Existem várias formas híbridas ou de transição entre estas três grandes tipologias, como o Bingo.

Por outro lado, o jogo pode fazer-se de modo presencial (em certos espaços físicos, no interior dos quais é oferecido, como os casinos) ou à distância (em especial, através da internet: jogo *online*). A todos estes sistemas lúdicos podem ser associadas decorrências patrimoniais: um investimento inicial ou aposta, e um prémio.

O *ludere in pecuniam* consiste em tentar adquirir património por meio de contratos aleatórios de índole lúdica; visa gerar uma vantagem económica para quem ganha e uma desvantagem para quem perde, através de uma atribuição patrimonial do perdedor para o vencedor.

O jogo a dinheiro comporta dois aspectos estruturais objectivos. O primeiro é o aspecto (puramente) lúdico-aleatório, que resulta do jogo em si mesmo considerado, das suas regras e da imprevisibilidade objectiva e/ou subjectiva do resultado. O segundo é o aspecto patrimonial, que resulta de um clausulado económico-financeiro estatuído pelas partes sobre qual o património que é arriscado e qual o seu destino de acordo com o concreto desfecho do jogo.

² Seguimos em parte a noção de Katie Salen e Eric Zimmerman, *Rules of play. Game design fundamentals*, MIT Press, Cambridge MA, 2003, capítulo 7: «um jogo é um sistema através do qual os jogadores participam num conflito artificial, definido por regras, que resulta num desfecho quantificável».

Esta realidade, que decorre do somatório dos aspectos aleatório e patrimonial, deverá ter uma causa ou função económico-social lúdica para que de jogo *lato sensu* se possa falar — sem a qual haverá porventura um qualquer negócio patrimonial aleatório, especulativo, ou de risco — mas não um contrato de jogo, um contrato de aposta ou um contrato de lotaria.

Assim, o jogo a dinheiro é a deliberada exposição a uma álea, com função lúdica, de que resulta um risco de ganhar ou perder património, de acordo com o desfecho do jogo. Um contrato de jogo *lato sensu* é um contrato aleatório com função lúdica que cria uma chance de adquirir património. Os elementos essenciais de todos os contratos de jogo são três:

- a) aposta: o património arriscado pelos participantes;
- b) jogo: a álea lúdica estipulada, que pode ser de muito simples a extremamente complexa, e que, de um modo geral, conduz ao apuramento de uma vitória, de um empate (se tal for previsto) ou de uma derrota;
- c) prémio: o que recebe quem ganhar.

O jogo a dinheiro varia no tempo e no espaço, mas é em si um fenómeno constante, desde logo por ter uma base antropológica. O jogo dá satisfação a uma permanente propensão humana para o risco ou incerteza, da qual, segundo os ensinamentos da psicologia, um certo número de indivíduos retira prazer, quer durante o desenvolvimento do jogo (p. ex., quando observa a roleta a girar ou vira de modo deliberadamente lento uma carta) quer em face do resultado. O prazer é sentido através de reacções neurológicas de tipo não extremamente diferente das provocadas pelo sexo, pelo álcool, pelo tabaco ou pelas drogas, com libertação de dopamina³. O que coloca a problemática do vício ou dependência — jogo patológico ou ludopatia, capaz de arruinar vidas.

³ Cfr. American Psychiatric Association, *Diagnostic and statistical manual*, 5.^a ed., Washington DC, 2013 (trata-se do volume conhecido como «DSM-V»), cujo capítulo sobre «*substance-related and addictive disorders*» passou na 5.^a edição a incluir o jogo patológico (*gambling disorder*) em ligação com o consumo de drogas. Tal deve-se a «*evidence that gambling behaviors activate reward systems similar to those activated by drugs of abuse and produce some behavioral symptoms that appear comparable to those produced by the substance use disorders*» (p. 481). Cfr. David Linden, *The compass of pleasure. How our brains make fatty foods, orgasm, exercise, marijuana, generosity, vodka, learning, and gambling feel so good*, Penguin, Londres, 2011, pp. 126 ss, reconhecendo a validade de uma definição geral de vício ou dependência que abrange várias actividades incluindo o jogo, já que todas elas causam a libertação de dopamina. No caso do jogo em particular, para além de uma libertação se o desfecho do jogo é positivo, observa-se logo uma libertação de dopamina na fase em que se aguarda o resultado, em que se está «em jogo».

A propensão para jogar varia de acordo com os indivíduos e as sociedades; é relativamente elevada na Ásia oriental. Embora todas as pessoas estejam expostas a riscos na sua vida diária, há níveis diversos de «apetência pelo risco» (*risk appetite*) e «aversão ao risco» (*risk aversion*): diferentes indivíduos reagem de modo desigual perante situações com resultados incertos. Alguns correrão riscos na esperança de obter benefícios desconhecidos, enquanto outros preferem não o fazer. A explicação poderá em parte ser de ordem psicológica e ter que ver com a percepção de prazer ou a sua ausência.

2. O direito do jogo

O direito nunca foi neutro para com o jogo a dinheiro. Este constitui um domínio institucional-cultural e jurídico desde há muitos séculos socialmente reconhecido como uma área dotada de problemáticas, polémicas e opções a abordar e resolver com base em princípios e considerações específicas, conducentes a uma regulamentação própria. Trata-se manifestamente de uma realidade particular, pelo que se justifica falar de uma disciplina jurídica autónoma: esta área é um subsector institucionalizado da vivência colectiva.

A conceptualização jurídica global do direito do jogo, como matéria interdisciplinar de forte cunho publicista, está por fazer. Geralmente são analisados pela doutrina corrente apenas aspectos sectoriais, em especial civis ou administrativos, sem que a necessária interligação seja operada.

Cabe adiantar um conceito de direito do jogo, para assim explicitar e delimitar o campo normativo interdisciplinar da disciplina.

O direito do jogo é aqui entendido, enquanto direito objectivo, como o complexo normativo que regula todos os acordos lúdicos em que os participantes pretendem arriscar fundos ou outros valores patrimoniais, que podem ganhar ou perder consoante o respectivo desfecho. Trata-se de enquadrar em termos jurídicos o *jogo a dinheiro* (ou outros valores patrimoniais).

Com efeito, uma observação interdisciplinar das principais fontes legais revela que todas tomam o jogo com fim lucrativo e implicações patrimoniais como ponto de partida da regulamentação.

É desde logo o caso do artigo 1245.º do Código Civil de 1966, que prevê e regula os contratos de jogo e os contratos de aposta como fontes de obrigações, pressupondo evidentemente que importa regular os possíveis efeitos jurídicos dos contratos em que há património «em cima da mesa», mas não já quando

assim não seja. Várias definições e regimes legais constantes de legislação avulsa confirmam que é de jogo que paga prémios que se trata. Ao elencar as obrigações das entidades que exploram o jogo *online*, a lei afirma expressamente que estas devem «pagar aos jogadores os prémios no valor anunciado».⁴

Por outro lado, o propósito de base da legislação de natureza administrativa é o de regular a exploração do jogo (jogos de fortuna ou azar, apostas e lotarias). O sector do jogo é reservado ao Estado⁵ e a exploração pode ser feita directamente por entidades públicas, ou por sociedades comerciais mediante concessão ou licença, ou determinada por lei.⁶ Pressupõe-se evidentemente que essa exploração é um negócio lucrativo, pelo que, sendo autorizada a privados, é fortemente tributada. Aliás, é o próprio legislador, através dos regulamentos dos jogos autorizados, que cria a base matemática lucrativa.

Por fim, em chave penal, pune-se nomeadamente «a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados»,⁷ bem como «[q]uem, por qualquer meio e sem estar para o efeito devidamente autorizado, explorar, promover, organizar ou consentir a exploração de jogos e apostas *online*, ou disponibilizar a sua prática em Portugal a partir de servidores situados fora do território nacional»,⁸ pressupondo-se que esta «exploração» é uma actividade lucrativa, que movimenta fundos e gera lucros, como aliás resulta com clareza da norma que prevê o confisco de «[t]odo o dinheiro e valores destinados ao jogo, bem como os móveis do local em que sejam cometidos os crimes»,⁹ em caso de exploração ilícita de jogo.

Desta breve observação interdisciplinar das fontes legais resulta de modo concludente a delimitação do núcleo central do direito do jogo como o *direito do jogo a dinheiro*.

⁴ Al. f) do n.º 1 do art. 26.º do regime jurídico dos jogos e apostas *online*, aprovado pelo DL n.º 66/2015, de 29 de Abril (conhecido como «regime do jogo *online*»; abreviadamente: RJO). Noutro exemplo, o artigo 159.º do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro (conhecido como «lei do jogo»; abreviadamente: LJ) define «modalidades afins do jogo de fortuna ou azar» como sendo «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 predeterminado à partida».

⁵ O artigo 8.º do RJO dispõe que «O direito de explorar os jogos e apostas *online* é reservado ao Estado».

⁶ Cfr. o art. 4.º, al. r), dos estatutos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 235/2008, de 3 de Dezembro, com alterações subsequentes.

⁷ N.º 1 do art. 108.º da LJ.

⁸ Art. 49.º do RJO.

⁹ Art. 117.º da LJ.

Trata-se de uma noção de recorte sintético e preciso, típica das partes especiais: não é o direito de todo o jogo como entretenimento; nem é uma categoria residual no domínio dos contratos patrimoniais aleatórios.

O direito do jogo, neste sentido, é o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis a quaisquer jogos, apostas ou lotarias em que são arriscados valores patrimoniais pelas partes, com a intenção ou consciência de poder ganhar ou perder. Em termos materiais, o direito do jogo é o direito especializado de todo o jogo a dinheiro. O direito do jogo é ainda, enquanto realidade científica, a disciplina académica que estuda, sistematiza, questiona e aprofunda o conhecimento deste domínio.

Do exposto já resulta que o direito do jogo, tendo na sua raiz uma base contratual, é um domínio interdisciplinar que transcende a bipartição clássica entre direito público e direito privado, já que consiste num corte transversal que inclui elementos de ambos.

De um prisma de direito público, são duas as questões de base que qualquer comunidade se coloca sobre todas e cada uma das múltiplas formas de jogo a dinheiro. A primeira é a de saber se a prática de jogo a dinheiro deve ser proibida ou autorizada. Em caso de autorização surge de seguida a necessidade de determinar os termos concretos da sua prática lícita; em caso de proibição cabe delimitar os seus contornos, as consequências, e os meios de a tentar efectivar. As respostas oferecidas a estas questões representam a configuração básica do direito do jogo no que toca às relações com o poder público investido de *ius imperii*.

Num plano jurídico-privado, e desde logo contratual, trata-se de apurar a validade e os efeitos jurídicos das várias tipologias de jogo. Assume especial interesse o estudo dos jogos reconhecidos como válidos no âmbito civil e/ou comercial.

O direito do jogo moderno tem como ponto central o estudo da regulamentação da «indústria do jogo» em cada momento autorizada por lei, designadamente a sua exploração e tributação. Mas não se resume a tal. Essa seria uma perspectiva estática e redutora. Mesmo se na prática há necessariamente que dedicar uma grande atenção à regulamentação da indústria, importa ter uma visão ampla, dinâmica e interdisciplinar. Todo o campo do jogo a dinheiro deve ser abrangido pela disciplina, da clássica aposta desportiva entre amigos às operações de jogo proibidas pelo direito penal. Foi esta a perspectiva que desde a primeira hora adoptámos na conceptualização e no ensino deste ramo de

direito. Muitos problemas do direito do jogo só podem ser correcta e completamente equacionados e resolvidos de um ponto de vista interdisciplinar.

Assim, existe no direito do jogo um objecto sem dúvida claramente identificado e socialmente reconhecido desde há milénios: o jogo a dinheiro. Por outro lado, há nele um princípio fundacional próprio, que reside num especial cuidado e equilíbrio na actuação que um Estado laico, aberto, democrático e racional deve ter. O jogo não deve ser pura e simplesmente proibido, quer por razões de princípio quer por razões práticas ou de eficácia: as proibições absolutas não têm fundamento e a história demonstra que não são eficazes. Assim, visa-se na actualidade uma posição equilibrada, própria deste sector e quase paradoxal: trata-se fundamentalmente de permitir a prática do jogo e a sua exploração, no âmbito de um quadro regulador apropriado e exigente, que desencoraje e, na medida do possível, evite o jogo excessivo e patológico.¹⁰

Uma política que consiste em permitir o jogo e desencorajar o excesso (*permit but discourage excess*) corresponde à orientação predominante no mundo ocidental. Cabe evitar extremos: o paternalismo, por um lado, e o ultraliberalismo, por outro. A esmagadora maioria das pessoas que jogam sabe conter-se dentro de limites apropriados, não tendo de ser salva de um risco que para elas não existe. Os esforços devem ser concentrados na pequena minoria que efectivamente pode resvalar para situações patológicas. Para o efeito, o direito do jogo moderno adopta um conjunto de estratégias diversificadas. Há, no entanto, que ter sempre presente que essas estratégias não conseguirão nunca eliminar totalmente os efeitos nefastos – pessoais e sociais – do jogo. Trata-se, mais modestamente, e com maior realismo, de manter a incidência do jogo patológico num patamar socialmente aceitável. Nenhum sistema consegue prevenir e evitar todos os problemas. Esta linha de análise é válida em domínios variados, do jogo ao tabagismo, passando pelo consumo de bebidas alcoólicas. Ao agir nestes domínios, sem paternalismo, a sociedade cumpre para com os seus cidadãos uma «obrigação de meios», mas não já uma «obrigação de resultado».¹¹

No saldo global, sabe-se hoje que o jogo não deve ser banido porque os cidadãos e a sociedade no seu conjunto têm todos mais a ganhar com a sua licitude. Mas também não deve ser activamente estimulado. Este princípio

¹⁰ Fundamental, William A. Bogart, *Permit but discourage. Regulating excessive consumption*, Oxford University Press, Nova Iorque NY, 2010. O Autor recorda e salienta as lições da proibição do álcool nos Estados Unidos e o limitado efeito das proibições legais.

¹¹ Considerações análogas são válidas no domínio específico da prevenção do branqueamento de capitais — que, apesar de um extenso aparato regulatório, nunca conseguirá ser prevenido na íntegra.

regulador tem reflexos a vários níveis nas disciplinas convocadas. Com efeito, constitui a chave de leitura e ligação dos vectores nucleares da regulação civil (v.g., a questão das obrigações naturais), administrativa (a reserva da exploração do Estado e a oferta limitada e muito bem regulada), penal (a punição da exploração ilícita), bem como as restrições à publicidade e a regulação que procura prevenir o jogo patológico. Trata-se do ponto de vista material que unifica de modo transversal e dá um sentido de conjunto à regulamentação interdisciplinar vigente.

Na doutrina portuguesa, José de Oliveira Ascensão e António Menezes Cordeiro pronunciaram-se em 1988 contra a existência de um direito do jogo¹².

Consideramos como «Direito do Jogo» o conjunto de normas jurídicas especificamente destinadas a regular a exploração dos jogos de fortuna ou azar. Actualmente, o essencial desse regime consta do (...) Dec.-Lei n.º 48.912.

O diploma citado era a então vigente lei sobre concessões de jogos de fortuna ou azar em casino. Os autores, deste modo, parecem ter do direito do jogo uma concepção restrita, inscrevendo nele apenas os jogos de fortuna ou azar, deixando de fora — ou não sendo claro o estatuto das normas sobre — lotarias e apostas. E prosseguem:

Chamamos a atenção para o facto de esse diploma compreender, do ponto de vista substancial, normas atinentes a várias disciplinas jurídicas, que vão desde o Direito Administrativo ao Direito Criminal, passando pelo Direito Privado, pelo Direito Económico e pelo Direito Fiscal. Não é possível enquadrar todas essas normas num ramo autónomo do Direito, que constituiria, assim, um verdadeiro «Direito do Jogo». Faltam, em absoluto, os dois traços que permitem a autonomização de uma disciplina jurídica:

— a especificidade do objecto;

¹² José de Oliveira Ascensão e António Menezes Cordeiro, «Das concessões de zonas de jogo», in *Revista de Direito Público*, n.º 3, 1988, ponto II.5.II. Trata-se de uma discussão algo sumária, em duas páginas. As posições aqui defendidas parecem dificilmente compagináveis com as afirmações feitas, muitos anos mais tarde, pelo segundo Autor, em relação ao direito bancário; cfr. *infra*, n. 78 e texto correspondente. Em texto muito mais recente, Menezes Cordeiro parece ter revisto esta posição; afirma agora, referindo-se aos jogos de fortuna ou azar, que «[n]esse campo, existe toda uma teia normativa, em contínua evolução, com vertentes administrativas, societárias, disciplinares, fiscais e sancionatórias, em torno das quais será possível construir um “Direito do jogo”»; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, XII, *Contratos em especial (2.ª parte)*, Almedina, Coimbra, 2018, 1040 s.

— princípios ou métodos próprios.

Só teleologicamente podemos dizer que existe um objecto unitário de toda a regulamentação em causa: *o jogo*. Também nunca foram especificados nenhuns princípios substanciais que unificariam as normas atinentes ao jogo. Por outro lado, conforme as normas consideradas, assim o método a seguir; desta forma, às normas privadas há que aplicar o método civil; às administrativas o administrativo e assim por diante.

Esta posição não pode ser aceite, por várias razões. Acabámos de especificar o princípio substancial que unifica as normas atinentes ao jogo — a ideia de que a prática do jogo deve ser lícita, mas rodeada de cautelas apropriadas. Quanto a métodos próprios, diga-se que os Autores têm razão: não existem neste domínio métodos outros que não os elaborados no âmbito das disciplinas convocadas — mas não têm de existir. Avulta no direito do jogo a sua interdisciplinaridade, uma realidade corrente em qualquer área do direito que transcende as distinções canónicas entre disciplinas jurídicas, como é o caso do direito bancário ou do direito dos seguros. A realidade não obedece às distinções usadas para fins académicos e formativos; é a academia que deve acompanhar a realidade, mesmo que para tal tenha de «transgredir» fronteiras entre disciplinas. Neste quadro, a existência de diversos métodos nas várias disciplinas especializadas que são chamadas na busca da solução dos problemas postos pelo jogo a dinheiro não representa qualquer problema. A interdisciplinaridade deve ser vista como uma riqueza e não como um ponto fraco: o contributo mais amplo que o direito do jogo pode dar à ciência jurídica é precisamente o de propiciar uma melhor compreensão das articulações entre diferentes disciplinas jurídicas.

3. Delimitação negativa e zonas de fronteira

Importa proceder a várias delimitações negativas do direito do jogo, que já decorrem do que foi referido nos pontos anteriores.

O objecto do direito do jogo reside na regulamentação do jogo associado a dinheiro ou outros valores patrimoniais. É este a fonte de todas as polémicas e preocupações, e não a simples existência de jogos, passatempos ou distrações: o direito do jogo vai aqui entendido como direito patrimonial. Esta delimitação, feita pela generalidade dos civilistas a propósito dos contratos de jogo, deve estender-se a toda a disciplina.

Assim, situa-se fora desta disciplina o jogo unipessoal, sem contrato de jogo. Há múltiplas experiências lúdicas que não implicam a existência de dois ou mais jogadores, já que podem ser praticadas a solo, sem interacção com outrem,

nomeadamente como distração ou passatempo — da clássica paciência de cartas a múltiplos jogos para computador ou telemóvel disponíveis no mercado, com mais ou menos elementos de perícia ou sorte, mas que não são um confronto bilateral ou multilateral.¹³

Situa-se igualmente fora desta disciplina a regulamentação de todas e quaisquer actividades lúdicas, recreativas ou desportivas enquanto tais — o fenómeno lúdico enquanto puro entretenimento, desprovido de implicações patrimoniais, em que os participantes nada ganham ou perdem. Se duas ou mais pessoas jogam sem arriscar património no jogo, permanecem no domínio do puro entretenimento em sentido amplo, que pode incluir realidades muito variadas destinadas a crianças, adolescentes ou adultos, ou actividades desportivas.

Com esta delimitação naturalmente que não se pretende sugerir que no jogo solitário ou no jogo sem implicações patrimoniais não se possam colocar problemas jurídicos, seja a nível contratual¹⁴ ou outro. Tal pode sem dúvida suceder. Porém, o ponto de arranque de uma disciplina do direito do jogo que tudo isto pretendesse abarcar seria demasiado amplo e procederia a uma conjugação de realidades lúdicas inteiramente distintas, oferecidas a crianças, menores e adultos. Entendemos que a disciplina académica, seguindo as indicações dos dados legais, se deve restringir ao direito do jogo a dinheiro, um assunto polémico e que só pode ser oferecido a adultos, e não se deve dissolver num amplíssimo tratamento do entretenimento ou do lazer.

¹³ É bem sabido que os jogos podem entreter apenas uma solitária pessoa. É o caso das chamadas «paciências» de cartas, que conduzem ao resultado de o jogador ter ou não conseguido «resolver» com sucesso a mesma, mas evidentemente não há qualquer possibilidade de assim perder ou ganhar dinheiro.

¹⁴ Se duas pessoas combinam uma partida de ténis, e para o efeito marcam e pagam a utilização do *court* com antecedência, a não comparência de uma delas pode gerar problemas de responsabilidade, por se ter inviabilizado o jogo. O problema pode ser perfeitamente equacionado e resolvido em face das regras gerais das obrigações e contratos: não é um problema específico de direito do jogo, que se preocupa sobretudo com o resultado aleatório e não tanto com o incumprimento do acordo de jogo, que nem sequer pressupõe dinheiro na mesa. O problema aqui é de falta de comparência e pode-se colocar do mesmo modo para o abandono injustificado da competição. Não temos aqui de entrar neste tema com mais desenvolvimento — nomeadamente saber se se trata de uma realidade específica do desporto ou se se trata de um fenómeno mais amplo de índole contratual, análogo ao que se passa quando uma das partes falta sem justificação a uma reunião ou a um encontro preliminar ou abandona a execução do contrato de modo inopinado. O jogo aqui em causa tem implicações patrimoniais, mas não as que derivam do apuramento do resultado do jogo (ganhar ou perder) mas sim as que derivam da própria execução do jogo em si, que são expectáveis e não têm natureza aleatória. Que a «convenção de jogo» — ou seja, o próprio acordo sobre a realização do jogo — pode ter efeitos jurídicos parece claro, mas esta matéria regula-se pelo regime geral dos contratos e não encontra resposta no art. 1245.º do Código Civil, que apenas se preocupa com os casos em que há dinheiro ou outros valores patrimoniais em jogo.

Diga-se que o jogo, em geral, onde não esteja em causa dinheiro, tem seguramente muitos aspectos positivos. Pode-se mesmo afirmar que o acto de jogar é uma componente ou aspecto do ser humano. Todas as pessoas jogam de uma forma ou outra durante a vida, e certamente durante a infância. O papel do jogo no desenvolvimento social e intelectual das crianças é amplamente reconhecido. O jogo é de fundamental importância durante a primeira infância, uma vez que ajuda o desenvolvimento do raciocínio e do pensamento abstracto. Neste sentido, o direito a jogar/brincar é reconhecido na Convenção sobre os Direitos da Criança, cujo artigo 31.º dispõe:¹⁵

Os Estados Partes reconhecem à criança o direito ao repouso e aos tempos livres, o direito de participar em jogos e actividades recreativas próprias da sua idade e de participar livremente na vida cultural e artística.

Os jogos são uma parte da educação e desenvolvimento normal de todas as crianças, ou devem sê-lo.

Quanto aos adultos, muitos jogam regularmente uma variedade de jogos, nomeadamente certos jogos sem interacção com outras pessoas, ditos «solitários» (jogos de cartas, jogos em suporte informático), como passatempo. Trata-se de um exercício da liberdade pessoal em que o Estado não deve interferir e cuja restrição não teria fundamento.

Há assim um amplo domínio que fica de fora desta disciplina. Desde logo, a regulamentação dos brinquedos, os jogos de computador em geral (para computador, telemóvel, tablete ou quaisquer outros suportes digitais) e os jogos com dinheiro simulado, como o clássico jogo de imobiliário Monopólio.¹⁶ Ou ainda jogos *online* como a simulação agrícola *Farmville* ou mundos virtuais como o *World of Warcraft*, para mencionar só alguns exemplos. Ficam igualmente de fora os jogos de perícia que *normalmente* não são jogados a dinheiro e enquanto assim for (Xadrez, Damas, Bowling, Bilhar ou Snooker,

¹⁵ Adoptada em Nova Iorque pela Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 44/25, 20 de Novembro de 1989. Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, *Diário da República*, Série I, n.º 211/1990, 1.º Suplemento, 12 de Setembro de 1990.

¹⁶ O jogo, cujo tema é a compra, negociação e rentabilização de imóveis, de acordo com a versão mais difundida terá sido lançado em 1934 por um trabalhador desempregado, Charles Darrow, e comprado pela *Parker Brothers* em 1935; cfr. Niall Ferguson, *The ascent of money. A financial history of the world*, Penguin, Londres, 2008, 231 ss. Existem muitas versões «localizadas» do jogo e vários formatos, incluindo versões electrónicas para dispositivos móveis de sistemas operativos iOS e Android.

entre muitos outros). Todo este vastíssimo universo pode suscitar várias questões jurídicas¹⁷ mas não tem uma unidade própria e — posto que não seja arriscado¹⁸ dinheiro verdadeiro ou outros bens — não releva para o direito do jogo no sentido aqui adoptado.

Nas casas de diversões que operam máquinas de *pinball* («*flippers*») ou jogos de vídeo («*arcade games*»), as máquinas são definidas desde logo como as que «não pagando prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico, desenvolvem jogos cujos resultados dependem exclusiva ou fundamentalmente da perícia do utilizador, sendo permitido que ao utilizador seja concedido o prolongamento da utilização gratuita da máquina face à pontuação obtida».¹⁹ A delimitação é feita pela lei, neste caso, apelando a dois critérios: não pagamento de prémios em dinheiro e predominância da perícia.

Ficam de fora do direito do jogo os negócios jurídicos em que uma das partes só pode ganhar e nada pode perder, como sucede nos concursos em que os concorrentes nada pagam para participar e logo nada arriscam. Este aspecto é mencionado na definição legal de jogo de fortuna ou azar constante do RJO: «aquele que implica o *dispêndio de uma quantia em dinheiro* e cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte».²⁰ É o caso por exemplo dos concursos publicitários ou operações de *marketing* em que é sorteado um prémio por um universo pré-definido (adquirentes de certo

¹⁷ Não se pode excluir da *juridicidade* tudo o que não tenha relevo patrimonial, como parecem sugerir várias análises feitas na perspectiva dos contratos de jogo que acabam por se revelar pouco abertas à interdisciplinaridade do jogo; cfr., p. ex., António Patacas, «Jogos de fortuna ou azar», in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 205/207, 1976, 49 («quando, ao lado do jogo, apareça um interesse de natureza económica ligado aos resultados conseguidos, então já se entra propriamente no campo da juridicidade»). A exclusão do âmbito do direito do jogo das actividades lúdicas puras não significa que estas não coloquem outras problemáticas mais amplas ou diversas, dos direitos fundamentais à segurança dos equipamentos ou dispositivos de jogo, passando pela defesa do consumidor.

¹⁸ O que não se confunde com a compra de créditos para jogar, passar de nível ou progredir mais rapidamente, algo que ocorre com alguma frequência em certos jogos — oferecidos gratuitamente — que contêm a hipótese de fazer aquisições no interior do jogo («*in-app purchases*») de créditos, pontos, vidas, jogadas, etc. Sirva de exemplo o conhecido *Candy Crush Saga*. Não se trata aqui de apostar, mas apenas de adquirir a possibilidade de prolongar, continuar ou progredir no jogo, sendo o modelo de negócio do fabricante baseado na ansiedade natural do jogador em avançar. Nestas situações o dinheiro é gasto, mas não arriscado, não havendo qualquer álea.

¹⁹ Art. 19.º, n.º 1, al. a) do Decreto-Lei n.º 309/2002, de 16 de Dezembro.

²⁰ Al. n) do art. 4.º do RJO. Trata-se de uma noção legal algo deficiente. Poder-se-á criticar o facto de falar em «dispêndio de uma quantia em dinheiro». A verdadeira questão é colocar a quantia em risco, já que o jogador pode ganhar a aposta, caso em que não houve dispêndio. A lei deveria talvez ter definido o jogo de fortuna ou azar como aquele que implica o risco de perder e a chance de ganhar uma quantia em dinheiro.

produto, novos clientes, etc), posto que os custos do prémio não tenham sido incorporados nos preços dos bens ou serviços adquiridos.

Há interligações entre o direito do jogo e o direito do desporto no que respeita às apostas desportivas, em especial no caso dos problemas postos pela corrupção no fenómeno desportivo ou *match fixing*, mas os dois campos não se confundem.

As principais zonas de fronteira que importa considerar dizem respeito a outros contratos aleatórios patrimoniais, como o contrato de seguro e os contratos financeiros de natureza aleatória, particularmente os derivados.

Uma outra zona de fronteira tem que ver com a oferta de jogo a título gratuito, enquanto passatempo, em especial o chamado «*social gaming*» através da internet.²¹ Em muitos casos a oferta diz respeito a jogos em tudo idênticos aos clássicos jogos de fortuna ou azar de casino salvo o facto de que não são pagos prémios. Por vezes o modelo de negócio assenta em receitas de publicidade. Já noutros casos a proximidade resulta de que se trata de uma porta de entrada ou mesmo *marketing* do jogo a dinheiro, para o qual se pretende adquirir clientes.²²

²¹ Trata-se da terminologia internacional consagrada; fala-se inclusivamente de «casinos sociais», que não pagam prémios em dinheiro (em Portugal a expressão «jogos sociais» é usada pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa para enfatizar a afectação a fins sociais ou assistenciais dos recursos obtidos através das formas de jogo a dinheiro que explora). Este domínio teve uma forte expansão como resultado do crescimento exponencial dos *smartphones*. As empresas de jogos sociais usam modelos de negócio como o *free to play* (grátis, com oferta de compras posteriores) ou *pay to play* (pagamento adiantado, assinatura mensal). A grande maioria dos jogadores nada adquire e apenas joga as partes gratuitas. De facto, muitos utilizadores têm a expectativa de encontrar jogos grátis, que podem igualmente ser rentabilizados, por exemplo através de publicidade. As principais plataformas são o iOS e o Android, que cobram 30% da receita bruta. Cfr. Michael Alires, «Introduction to social gaming. Gambling in substance, but not form», in *UNLV Gaming Law Journal*, vol. 5(2), 2015, 225 ss.

²² Vem-se suscitando a questão de saber se deve haver regulamentação sobre os jogos que são oferecidos de forma grátis (*free to play*) através da internet mas que correspondem exactamente a jogos que normalmente são jogados a dinheiro em casinos. Um dos problemas que se coloca resulta do facto de que é possível a manipulação do retorno (que pode, por exemplo, ser programado para níveis de mais de 100% — o que evidentemente não é de todo possível em jogo a dinheiro «real»; ou ajustado de modo dinâmico, ou seja, se o jogador está a perder muito o retorno aumenta, e vice-versa), o que pode induzir a jogar *real-money games* com base numa percepção incorrecta das possibilidades de ganhar que o jogo a dinheiro realmente oferece. Sobre o tema, cfr. I. Nelson Rose, «Should social casino games be regulated?», in *Gaming Law Review and Economics*, vol. 18(2), 2014, 134 ss.

4. Jogar (*to play*) o jogo (*the game*)

Cabe proceder a uma clarificação da perspectiva de abordagem, para o que se poderá tomar como ponto de arranque um aspecto linguístico comparado. A língua portuguesa usa a mesma raiz para duas realidades diferentes: jogo e jogar. O mesmo se passa em muitas outras línguas europeias: *juego* e *jugar*; *jeu* e *jouer*; *gioco* e *giocare*; *Spiel* e *spielen*. No entanto, na língua inglesa jogo é *game* e jogar é *to play*,²³ o que contribui para a distinção de planos de análise.

O plano fundamental em que importa considerar o jogo é enquanto facto institucional: a realidade objectiva e normativa em que consiste o regulamento da acção lúdica, o *game*. Trata-se do conjunto de regras a respeitar no desenvolvimento do jogo, nomeadamente sobre o papel dos objectos de jogo (dados, cartas ou outros) e seus desfechos, de cuja aplicação resulta o vencedor.

Num plano diverso se situa a acção de jogar, *to play*. Trata-se da concreta actividade do jogador (*player*) de «jogar um jogo» (*to play a game*), iniciando uma actividade lúdica ou nela participando, fazendo escolhas. O que se liga à atitude ou motivação subjectiva. Fala-se por vezes aqui de uma finalidade de entretenimento ou divertimento, oposta ao trabalho, normalmente na linha da conceptualização do historiador e crítico de cultura holandês Johan Huizinga (1872-1945).²⁴ *In extremis*, «jogar» pode mesmo ser uma atitude não séria e a etimologia *iocus* tem este sentido, de acção jocosa (daqui o inglês *joke*), sendo a problemática respectiva recolhida no Código Civil a propósito das declarações não sérias, feitas com *animus iocandi*, que carecem de quaisquer efeitos (art. 245.º, n.º 1, CC).

Huizinga salienta nomeadamente que as características ou estrutura do jogo estão presentes numa grande variedade de formas de cultura: muitas interacções humanas têm esse elemento ou componente. A prática de jogos é um traço fundamental espiritual e um factor na criação de cultura. Há um certo elemento natural sobre o jogo; Huizinga salienta que alguns animais, como os cães, jogam e divertem-se ao fazê-lo. Em várias civilizações a administração da justiça foi abertamente ligada a processos aleatórios como a decisão por

²³ Salientando o ponto, David Parlett, *Oxford history of board games*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 1 ss.

²⁴ Para quem «o jogo é uma actividade voluntária, ou uma ocupação, que tem lugar dentro de certos limites estabelecidos de tempo e lugar, de acordo com regras livremente aceites mas estritamente vinculativas, e que se institui como um fim em si mesmo, sendo acompanhado por um estado de espírito de tensão e de alegria, bem como pela consciência de ser “diferente” da “vida normal”»; cfr. Johan Huizinga, *Homo ludens. Um estudo sobre o elemento lúdico da cultura*, Edições 70, Lisboa, 2003 (trad. port. da ed. original de 1939, com um prefácio crítico de George Steiner), 45 (itálico nosso).

oráculos, ordálios ou sortilégios. É perfeitamente conhecido de qualquer prático do direito que o processo judicial é por natureza de resultado incerto. As partes numa contenda ou disputa correm riscos e adoptam estratégias que visam resultados específicos, que podem falhar. A noção de processo como jogo foi considerada no campo do processo civil por Calamandrei e Carnelutti.²⁵ Huizinga afirmou a «qualidade de jogo» dos processos como competições: «Qualquer processo perante um juiz será sempre e em todas as circunstâncias dominado pelo desejo intenso de cada parte de ganhar a sua causa».²⁶

A crítica de *Homo ludens* tem sido feita a vários níveis.²⁷ No presente contexto importa sobretudo salientar que uma abordagem comportamental, sendo interessante e relevante, não é a decisiva num discurso jurídico. Cabe aqui dar primazia à perspectivação do jogo enquanto norma (*game*):²⁸ sistema de regras

²⁵ Cfr. Simona Andriani, «Huizinga et le droit: le procès et le jeu in Italie», in *Droit et Société*, 1991, 27 ss, analisando as posições contrastantes dos dois juristas italianos sobre o processo.

²⁶ J. Huizinga, *Homo ludens* (n. 24), 78.

²⁷ George Steiner, no seu prefácio, embora reconhecendo as muitas virtudes de *Homo Ludens*, não deixa de ser muito crítico. Num primeiro nível, Huizinga, seguindo a crítica liberal que Peter Geyl lhe formulou (in «Huizinga as accuser of his age», citado no prefácio de Steiner), teria uma visão que diríamos quase pré-moderna do jogo, elitista e de alta burguesia: «Sendo no seu íntimo um mandarim, um elitista impregnado dos ideais e do conforto da cultura da alta burguesia, a visão que Huizinga tem da cultura é persistentemente selectiva e nostálgica»; (...) «a História torna-se na pompa festiva de uma minoria criativa, aristocrática e muito versada nas letras. Daí a inferência lúgubre, presente em *Homo Ludens*, de que a democracia, por si mesma, significa o fim do verdadeiro jogo e, conseqüentemente, dessa construção elegante e intrincada que só Huizinga rotula como civilização» (p. 11). Por seu lado, concordando com a crítica de Geyl, Steiner aduz alguma falta de contacto de *Homo Ludens* com avanços à época recentes das ciências, com directo interesse para a compreensão do jogo, nomeadamente da matemática e da psicologia (Freud), o que o leva a considerar que a obra «evidencia as marcas de um género anterior» e «parece pertencer a um outro tempo»; cfr. George Steiner, no Prefácio, 13. Com efeito, Huizinga parece colocar no século XVIII o que seria uma espécie de apogeu das formas «puras» de jogo. Escreve que «Para jogar realmente, um homem deve jogar como uma criança» (p. 223). É por isso algo pessimista sobre os desenvolvimentos ocorridos no seu tempo, sendo por exemplo crítico da organização do desporto: «No caso do desporto, estamos perante uma actividade nominalmente conhecida como jogo, mas elevada a um grau tal de organização técnica e de profundidade científica que o verdadeiro espírito de jogo se encontra ameaçado», vendo aqui «um excesso de seriedade» (223).

²⁸ Nas traduções inglesas o título da obra usa a palavra *play* e não *game*: assim, Huizinga, *Homo ludens. A study of the play-element in culture*, Routledge e Kegan Paul, Londres e Boston, 1949 (reed. de 1980, com indicação do tradutor de que se trata de uma tradução preparada a partir da tradução alemã e de uma tradução inglesa feita pelo próprio Huizinga pouco antes da sua morte); assim, *Homo Ludens* corresponde a *Man the Player* e todo o discurso se desenvolve em redor do *play*, da *playsphere* e por aí adiante, em múltiplos contextos culturais. No seu prefácio à tradução italiana, Umberto Eco formulou a crítica fundamental de que *Homo ludens* não tematizou expressamente se a cultura é

ou esquema contratual a que se podem referir normas civis e comerciais, administrativas, penais e outras. Há que conferir centralidade ao jogo como instituição e não às atitudes dos jogadores. Não se pretende com isto negar que uma análise da conduta do jogador enquanto tal não seja susceptível de colocar uma série de questões jurídicas. Tal é uma evidência: da sua capacidade às condutas ilícitas que possa praticar, *maxime* viciando o jogo, passando pelo comportamento dentro de espaços de jogo. A acção de jogar (*to play*), como divertimento, passatempo ou entretenimento, ou com mais ou menos «espírito lúdico»,²⁹ não pode fundar a análise jurídica do jogo.³⁰ No plano civil tem que ver com os motivos, em princípio irrelevantes. No plano do jogo autorizado é totalmente desenquadrada da postura do organizador — um operador de jogo não se diverte: explora um negócio em moldes profissionais — e mesmo dos próprios jogadores visto que estes, estando dinheiro em causa, jogarão «a sério» e não «a brincar». No plano penal, este ângulo exorbita dos tipos de crime relevantes, que evidentemente não punem a acção de jogar por divertimento — nem o poderiam fazer —, mas sim certas formas ou práticas de jogo ilícito, por razões objectivas.³¹

5. O jogo como factio institucional

O jogo apoia-se com frequência em objectos próprios, concebidos ou usados para o efeito. Cabe agora salientar que os objectos de jogo são meros instrumentos, ou seja, são uma realidade em bruto: um dado de seis faces, um baralho de 52 cartas, uma tómbola ou um conjunto de pedras de Dominó não são já um qualquer jogo. É necessário que com base no estabelecimento de certos procedimentos, resultados ou combinações se criem os jogos, através da

game ou *play*. Huizinga limita a sua análise à segunda hipótese, que parece dar por adquirida, o *play* — o elemento lúdico na cultura —, mas não debateu de que modo os motivos e contextos culturais se fazem de normas (*rules of the game*); cfr. Simona Andrini, «Huizinga et le droit: le procès et le jeu in Italie» (n. 25), 35 ss.

²⁹ É sobretudo neste plano que se coloca Huizinga, no sentido de que toda a criação cultural humana comporta um elemento de jogo. O acto de jogar (*to play*) é algo que comporta uma dimensão de alegria, divertimento, passatempo ou entretenimento, bem como de desafio. O jogo é neste sentido contraposto à acção de «trabalhar», que coenvolve uma dimensão de submissão, obrigação ou mesmo algum sofrimento. Esta perspectiva não é frutuosa numa investigação jurídica, que não deve assentar em dados comportamentais, mas sim partir de dados normativos objectivos. Huizinga é assaz negativo sobre os jogos de cartas como o Bridge, bem como sobre a organização do desporto, como se disse; em relação a ambos critica a profissionalização e um conseqüente «excesso de seriedade».

³⁰ Assim, Marco Andrea Manno, *Giochi, scommesse e responsabilità penale*, Giuffrè, Milão, 2008, 50 ss.

³¹ Marco Andrea Manno, *Giochi, scommesse e responsabilità penale* (n. 30), 58.

definição de um conjunto de regras, sistemas ou procedimentos aplicáveis, aceites pelos participantes.³²

Deste modo, os jogos podem ser caracterizados como «factos institucionais», por oposição aos «factos brutos». Num jogo há a considerar, por um lado, os objectos de jogo (peças de jogo, dados, baralhos de cartas, tabuleiro), e, por outro, as regras. Estas são o aspecto fundamental, pois definem desde logo que objectos são usados (quantos dados, baralhos de cartas, etc.), como se joga e como se apura quem vence. Por envolverem uma conjugação de objectos que podem ser directamente apreendidos pelos sentidos («factos brutos») e de normas, os jogos são factos institucionais. No caso dos jogos de casino, as regras oficiais podem até ser aprovadas pela entidade reguladora. No jogo informal são simplesmente aceites pelas partes como quadro de referência para decidir o resultado. As lotarias também exigem uma definição prévia dos objectos usados e dos critérios de apuramento dos vencedores.

O exemplo do jogo é usado de modo recorrente na teoria do Direito de linhagem positivista, na escola conhecida como *positivismo jurídico institucionalista*, que defende um conceito de Direito que conjuga a dimensão normativa (realçada por Kelsen) e a dimensão empírica (realçada pelo positivismo sociológico), mas sem resvalar num jusnaturalismo. O direito, enquanto «facto institucional», não é feito apenas de elementos físicos que podem ser apreendidos pelos sentidos, mas também de normas. Uma faculdade de direito, um tribunal ou um jogo de xadrez compõem-se não só dos edifícios da faculdade e do tribunal, ou das peças e tabuleiro de jogo, mas também e sobretudo das regras que definem a sua organização e funcionamento.³³

³² João Pedro Neto e Jorge Nuno Silva, *Jogos. Histórias de família*, Gradiva, Lisboa, 2006, referindo-se aos jogos de tabuleiro (Xadrez, Damas, Go), escrevem: «Não há limite às possibilidades de jogos e regras diferentes, elas dependem somente da imaginação dos seus inventores e do muito trabalho de experimentação necessário para conseguir um conjunto de restrições que resultem num bom jogo. Não basta criar um passatempo que facilmente se repete, para o qual seja simples encontrar a melhor solução, que não exija algo da sua atenção. A ligação e a dependência entre as diversas peças, o equilíbrio entre os exércitos adversários, a clareza e a profundidade de uma partida são factores que muito contribuem para a sobrevivência de um jogo, bem como para o agrado de quem o estuda e joga. Os seres humanos são impacientes por natureza e, sem uma diversidade inteligente, um jogo de tabuleiro que procure estimular o intelecto não se torna atractivo»; 11. Estas são considerações tecidas a propósito de jogos que não se praticam normalmente por dinheiro, mas apenas por prazer intelectual e passatempo. Os jogos a dinheiro contrastam em larga medida com o que se acabou de mencionar, por serem normalmente de extrema simplicidade e muito rápidos, algo «pobres» em sentido intelectual: o centro de gravidade é o dinheiro que se ganha ou perde e não a «trama» ou estratégia do jogo em si. Muitos não comportam qualquer interacção e dependem totalmente da sorte.

³³ As normas que definem a finalidade e o funcionamento das instituições são parte integrante da realidade e determinam ou orientam a acção humana. Da mesma forma, o

6. Dados e cartas

O jogo em que objectos de valor económico são intencionalmente arriscados sempre existiu. O facto está documentado em quase todas as civilizações e culturas. Desde há milénios que as sociedades humanas experimentam intencionalmente com a sorte e o azar, seja como uma forma de comunicar com os deuses — de conhecer o seu pensamento e a sua vontade através de práticas divinatórias —, seja de modo puramente lúdico ou já com repercussões patrimoniais.³⁴

Embora seja possível jogar com quaisquer objectos — moedas, botões, pedras ou muitos outros —, ou sem a eles sequer recorrer, como nas apostas —, importa agora destacar a especial inovação que foi a invenção de objectos talhados especificamente para jogar e que não têm outro propósito útil. Na base de muitas tipologias de jogo estão efectivamente objectos ou processos concebidos especialmente para tal e que constituem uma fonte de álea, ou seja, um método de obtenção de um resultado que à partida é imprevisível: vários tipos e combinações de moedas, dados, baralhos de cartas, roletas, tómbolas, rodas da sorte, processos mecânicos, programas informáticos que geram valores aleatórios (*random number generator*) e outros.

O mais antigo dispositivo de jogo é o dado, que tem milhares de anos de história. O dado foi conhecido em todas as grandes civilizações: China, Índia, Pérsia, Babilónia, Egipto, Grécia antiga, Roma clássica, América do Sul, México e África. No entanto, os aborígenes australianos, os polinésios e alguns povos do Ártico e de regiões remotas da Índia e da América do Sul não o conheceram.³⁵

sistema jurídico não é feito apenas de juízes, advogados, tribunais, prisões e outras pessoas e objectos, mas também de regras, que podem ser abordadas em moldes hermenêuticos ou «compreensivos» e não apenas como meras regularidades factuais. Deste modo, o Direito é uma combinação de regras e de factos observáveis. Portanto, esta teoria é uma abordagem positivista que reúne a perspectiva normativa e os aspectos factuais do Direito, deixando de fora elementos valorativos ou subjectivos, como uma noção «forte» de justiça, cabendo separar entre o conceito de Direito e a teoria da justiça. Cfr. Ota Weinberger, *Law, institution, and legal politics. Fundamental problems of legal theory and social philosophy*, Springer, Dordrecht, 1991, 192; Neil MacCormick, *Institutions of law. An essay in legal theory*, Oxford, OUP, 2007, 12; Massimo La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma e Bari, Laterza, 1999, 148; John Searle, «What is an institution?», in *Journal of institutional economics*, vol. 1(1), 2005, 1 ss.

³⁴ O jogo com repercussões pessoais (p. ex., em que se jogue a liberdade ou mesmo a vida) é evidentemente nulo na actualidade, mas foi amplamente praticado no passado.

³⁵ David Schwartz, *Roll the bones. The history of gambling*, Gotham Books, Nova Iorque NY, 2006, 8.

O primeiro tipo de dado foi o *astragalus*, um osso da falange das ovelhas e cabras. Devido à sua forma alongada, este osso só tem quatro lados estáveis, que de resto não têm a mesma forma, mas permite de modo aleatório obter um de quatro resultados possíveis.³⁶ O *astragalus* foi igualmente usado para efeitos divinatórios³⁷ e subsistiu até tempos relativamente recentes. Houve emissões de moeda na Grécia do século VI aC com imagens de *astragali*. A pintura de Pieter Bruegel (1525-1569) *Jogos de Crianças* (1560) inclui um pormenor de duas mulheres jogando no chão com três *astragali*. A transição do *astragalus* de quatro lados firmes para o dado cúbico, gerador de maiores possibilidades, provavelmente fez-se friccionando as faces arredondadas do osso até se tornarem planas e reduzindo o seu comprimento.³⁸ Os dados podem ser fabricados com múltiplos materiais: da madeira, pedra e marfim ao metal e ao plástico. O mais antigo dado cúbico encontrado por arqueólogos na Mesopotâmia data de c. 3000 aC.³⁹ O dado com três faces opostas que somam sempre um valor total de 7 (6+1; 5+2; 4+3) estabilizou cerca de 1300 aC.⁴⁰

O dado, por seu turno, potenciou ou propiciou a criação de outros jogos, designadamente em combinação com outra invenção: o tabuleiro de jogo, o espaço no interior do qual as pedras se movem e a trama do jogo se desenrola. O surgimento de jogos em que o dado impulsiona o movimento de pedras num tabuleiro, em jogos de corrida como o Gamão, não se fez esperar. Através do desdobramento do dado surgiram outros instrumentos de jogo, com destaque para os conjuntos de Dominó, uma criação chinesa que propicia jogos de emparelhamento das pedras. As pedras de um conjunto de Dominó representam a combinação dos resultados do lançamento de dois dados de seis faces. Na variante mais conhecida foi aditado um sétimo resultado, o zero ou branca, gerando um total de 28 pedras e não apenas 21. A branca não existe no *Pai Gow* 牌九, onde são repetidas 11 das 21 pedras, num total de 32 pedras.

³⁶ Cfr. Garth H. Gilmour, «The nature and function of astragalus bones from archaeological contexts in the Levant and Eastern Mediterranean», in *Oxford Journal of Archaeology*, vol. 16(2), 1997, 167 ss; Henry Koerper e Nancy Whitney-Desautels, «Astragalus bones: artifacts or ecofacts?», in *Pacific Coast Archeological Society Quarterly*, vol. 35(2-3), 1999, 69 ss.

³⁷ W. R. Halliday, *Greek divination. A study of its methods and principles*, MacMillan, Londres, 1913, 207.

³⁸ Cfr. Florence Nightingale David, *Games, gods, and gambling. A history of probability and statistical ideas*, Dover Publications, Mineola NY, 1998, 9.

³⁹ David Schwartz, *Roll the bones. The history of gambling* (n. 35), 8.

⁴⁰ David Schwartz, *Roll the bones. The history of gambling* (n. 35), 9. Os dados são muito anteriores ao sistema de numeração indo-arábico, razão porque têm apenas pintas e não algarismos.

Oriundo da Índia, onde o Chaturanga foi o precursor, na passagem do primeiro milénio chegou à Europa o jogo de guerra e estratégia mais célebre, o Xadrez, por via do norte de África e das cruzadas, que se difundiu rapidamente entre os cristãos. Em Castela, Afonso X, o Sábio (r. 1252-1284; avô materno de D. Dinis), ordenou em 1283 a produção de uma descrição dos jogos existentes, o *Libro de los juegos*,⁴¹ um texto de grande interesse histórico que aborda vários jogos incluindo o Xadrez e o Gamão.

O surgimento de um novo e dir-se-ia revolucionário instrumento de jogo — o baralho de cartas, constituído por um conjunto de naipes hierarquizados, com algumas cartas dotadas de estatutos especiais — contribuiu para o advento de uma muito maior variedade de combinações e jogos. É provável que tenham surgido primeiro na China,⁴² ou na Coreia a partir de setas usadas para fins divinatórios no século VI dC, tendo-se estabilizado um baralho de 80 cartas com 8 naipes (números 1 a 9 e o General). No século XII na China existiam diversos tipos de baralhos. Na Índia ocorreu uma evolução independente.⁴³ O suporte inicial era a cana de bambu; na evolução subsequente o papel tomou o seu lugar.

As cartas chegaram à Europa através de Itália durante o século XIV, vindas do Próximo Oriente, e disseminaram-se muito rapidamente em virtude da sua produção em massa a um custo relativamente baixo. O baralho continuou a evoluir na Europa e sofreu várias transformações,⁴⁴ mantendo o imaginário monárquico. As versões europeias do baralho moderno — com espadas (♠), paus (♣), copas (♥) e ouros (♦), dois naipes pretos e dois vermelhos — estabilizaram em França no século XV.⁴⁵ A palavra *naipe* é de origem árabe. Os portugueses introduziram algumas mudanças no baralho latino, utilizando uma

⁴¹ No original: *Juegos diversos de axedrez, dados, y tablas con sus explicaciones, ordenados por mandado del Rey don Alfonso el sabio*. Cfr. Jorge Nuno Silva, *O livro de jogos de Afonso X, o Sábio*, Apenas Livros, Lisboa, 2013; Ángel de Álvaro Montero, «El contrato de apuesta: teoría general y marco de cobertura», in Alberto Palomar Olmeda (dir.), *Las apuestas deportivas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, 35 ss, 39.

⁴² Catherine Perry Hargrave, *A history of playing cards*, Dover Publications, New York NY, 1966 (reedição do original de 1930), 6, apoiando-se nos trabalhos de Stewart Culin (1858-1929).

⁴³ Em detalhe, David Schwartz, *Roll the bones* (n. 35), 41 ss.

⁴⁴ Designadamente o aditamento de mais cartas, formando o baralho de 78 cartas conhecido por Tarot, usado para o jogo do mesmo nome. O baralho é composto por quatro naipes de 14 cartas cada (cartas de 1 a 10 e quatro figuras) e por 22 cartas adicionais, 21 Trunfos e um Joker. Só mais tarde, a partir do século XVIII, é que este baralho começou a ser usado com intuitos divinatórios, uma prática que continua na actualidade, nomeadamente em círculos ditos «esotéricos».

⁴⁵ Cfr. David Schwartz, *Roll the bones* (n. 35), 58.

versão de 48 cartas que omitiu os «10», ou o baralho de 40 cartas, também omitindo os «9» e os «8».

O baralho de cartas europeu espalhou-se de seguida pelo mundo, nomeadamente através dos navegadores portugueses. O «baralho do dragão» português, assim conhecido por ter essa figura no desenho dos ases⁴⁶ — chegou à Ásia,⁴⁷ a todos os países onde aportaram portugueses, incluindo o Japão: o termo *karuta* deriva de *carta*;⁴⁸ há palavras de origem portuguesa relacionadas com o jogo em muitas línguas asiáticas.

Em 1603 foi criado em Portugal um monopólio real sobre a produção de cartas de jogar,⁴⁹ que deu lugar à *Real Fábrica das Cartas de Jogar* em 1769. Em 1820 o monopólio foi extinto e liberalizado o fabrico, mediante o pagamento de impostos.

No século XIX teve início a produção de baralhos com costas impressas e lados reversíveis; foram aditados dois Jokers. Seguiram-se melhorias na qualidade do papel e a plastificação. O baralho francês generalizou-se, mas com a designação das figuras em inglês (King, Queen, Jack; e ainda o Joker). Por essa altura era bastante popular o Voltarete, um jogo a três.⁵⁰

7. A base científica do jogo organizado

O jogo organizado, honesto e transparente, assenta em premissas científicas. A partir do final da Idade Média, num ambiente cultural mais dessacralizado, os dados começaram na Europa a ser objecto de estudos aturados. Uma vez que os objectos usados no jogo, em conjugação com as regras do mesmo, e com os sistemas de apostas, constituem no seu conjunto um universo finito, o resultado só é aleatório dentro de certos limites máximos. O jogo organizado moderno começa com a tomada de consciência de que é possível um conhecimento

⁴⁶ Em pormenor, Fernanda Frazão, *História das cartas de jogar em Portugal e da Real Fábrica de Cartas de Lisboa. Do séc. XV até à actualidade*, Apenas Livros, Lisboa, 2010.

⁴⁷ Ana Maria Amaro, «Os jogos de cartas na expansão portuguesa», in *Mare Liberum*, n.º 10, Dezembro de 1995, 493 ss.

⁴⁸ Cfr. David Schwartz, *Roll the bones* (n. 35), 54.

⁴⁹ Contrato das cartas de jogar e Solimão; alvará de 17 de Março de 1603. Em detalhe, Fernanda Frazão, *História das cartas de jogar em Portugal e da Real Fábrica de Cartas de Lisboa* (n. 46), 39 ss.

⁵⁰ Cfr. Anónimo, *Tratado do jogo do voltarete com as leis geraes do jogo*, nova edição, Tip. José Morando, Lisboa, 1834. O autor terá sido o desembargador António Rodrigues Velloso de Oliveira, que viajou com a família real portuguesa para o Brasil em 1808 devido às invasões francesas; neste sentido, cfr. Maria Luísa Mascarenhas Peça, *O Voltarete. Regras e etiqueta*, Ex-Libris, Lisboa, 2013, 9.

científico de todos os resultados em abstracto possíveis, e logo também das probabilidades teóricas de ganho para os intervenientes.

Na base está o progresso ocorrido na matemática, para o que muito contribuiu a divulgação dos algarismos indo-arábicos na Europa Ocidental,⁵¹ que superaram os algarismos romanos. O desenvolvimento do cálculo de probabilidades permitiu o avanço do conhecimento científico das hipóteses de ganho nos séculos XVI e XVII. Cabe destacar o texto de Girolamo Cardano (1501-1576) *Liber de ludo aleae* (livro de jogos de dados) de 1526 (publicado em 1663).⁵² Christiaan Huygens (1629-1696), publicou em 1657 o seu livro pioneiro *De ratiociniis in ludo aleae*. A correspondência entre Fermat e Pascal foi igualmente um marco na evolução do estudo das probabilidades.

Com uma base científica sólida, tornou-se possível a criação de empresas que oferecem lotarias, jogos de fortuna ou azar e apostas ao público de uma forma credível, estável e organizada, para o que têm necessariamente de funcionar numa base matemática sustentável, que seja imbatível no longo prazo. O fundamento da indústria do jogo é a matemática.

Nas lotarias o cálculo básico é muito fácil de entender: se o organizador vender bilhetes no valor de 100, mas pagar por hipótese 80 em prémios poderá reter 20 para custos de produção, publicidade, impostos e outras despesas e ter ainda algum lucro. As lotarias, uma forma de jogo já na altura bem conhecida, passaram no século XV a ser exploradas e rentabilizadas de forma sistemática, com início na actual Holanda e Bélgica a partir de 1443.⁵³ Em Portugal foi preciso esperar pelos finais do séc. XVIII. As lotarias foram muito usadas para financiar guerras, o Estado, obras públicas ou «causas nobres».⁵⁴

⁵¹ Nomeadamente por Fibonacci, ou Leonardo de Pisa, através da publicação do seu *Liber Abaci* (Livro dos Ábacos) em 1202. A palavra *algarismo* tem origem árabe.

⁵² O texto aparentemente não teria sido destinado a publicação, que se deu muito depois da sua morte, só em 1663. Cfr. Joseph Mazur, *What's luck got to do with it? The history, mathematics and psychology of the gambler's illusion*, Princeton University Press, Princeton NJ e Oxford, 2010, 20 ss; David Bellhouse, «Decoding Cardano's *Liber de Ludo Aleae*», in *Historia Mathematica*, vol. 32, 2005, 180 ss.

⁵³ Cfr. David Schwartz, *Roll the bones* (n. 35), 83 ss; Jean-Louis Harouel, «De François I^{er} au pari en ligne, histoire du jeu en France», in *Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n.º 139, 2011, 6 ss; Stephen Monkcom (ed.), *The law of gambling*, 3.ª ed., Tottel Publishing, Haywards Heath, 2009, 781 ss.

⁵⁴ As lotarias instantâneas («raspadinhas», «scratch cards»), um fenómeno do século XX, podem ser compradas a qualquer momento, tantas quantas o jogador desejar, pelo que, deste ponto de vista têm muito mais semelhanças com as *slot machines*, podendo ser vistas como uma espécie de *slot machine* em papel; a isto acresce a ampla distribuição e fácil aquisição.

Nos jogos de fortuna ou azar bancados, em que o jogador joga contra o organizador (um casino), a base matemática consiste na existência de uma «vantagem da casa» (*house advantage* ou *house edge*) ou percentagem teórica de ganho (*theoretical win percentage*) no longo prazo,⁵⁵ ou uma comissão sobre as apostas vencedoras. Esta base matemática garante a solvabilidade financeira das empresas organizadoras e do mesmo passo permite ao Estado proceder à recolha continuada de impostos. Os casos de *card counting* no *Blackjack* foram uma excepção potencialmente desastrosa para os casinos — e poderão ainda sê-lo lá onde os casinos não tenham adoptado medidas preventivas como a colocação das cartas num baralhador automático logo após cada jogada —, descoberta por matemáticos na década de 1960,⁵⁶ que deu origem a múltiplas questões jurídicas.⁵⁷

Assim, o organizador do jogo, estribado na matemática e em reservas de capital que lhe permitam enfrentar quaisquer desvios (perdas) no curto prazo e logo quaisquer apostas e apostadores (*take all comers*), deverá ganhar sempre no longo prazo.⁵⁸ Quanto maior o número de jogos executados maior será a probabilidade de chegar à percentagem teórica de ganho da casa. Por tudo isto se diz por vezes que os casinos ganham dinheiro não à custa dos jogadores que perdem, mas sim pagando menos aos que ganham. Nos jogos não bancados, nos quais os jogadores apostam entre si — o organizador não é parte, limitando-se a oferecer os meios para jogar —, como o Poker Texas Hold'em,⁵⁹ a casa cobra uma comissão fixa pelo serviço prestado.

⁵⁵ Cfr. Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math*, 2.ª ed., Trace Publications, Las Vegas NV, 2005, 99 ss.

⁵⁶ Cfr. a obra clássica de Edward Thorp, *Beat the dealer. A winning strategy for the game of twenty-one*, 2.ª ed., Vintage Books, Nova Iorque NY, 1966. A questão entrou no imaginário do grande público através de múltiplos romances e filmes sobre a matéria, nomeadamente o livro de Ben Mezrich, *Bringing down the house: the inside story of six MIT students who took Vegas for millions*, Free Press, Nova Iorque NY, 2002, posteriormente adaptado para o cinema em 2008 no filme *21*, com Kevin Spacey (www.sonypictures.com/homevideo/21). O que mostra uma vez mais o forte poder sugestivo e mediático da ideia de ganhar dinheiro de um modo supostamente fácil.

⁵⁷ Cfr. a obra fundamental de I. Nelson Rose e Robert A. Loeb, *Blackjack and the law*, RGE Publishing, Oakland CA, 1998.

⁵⁸ Embora, note-se, possam ocorrer desvios muito significativos no curto prazo: um jogador racional deve parar logo de jogar se por acaso ao fim de poucas jogadas estiver a ganhar de um modo significativo.

⁵⁹ Cfr. p. ex, o Regulamento n.º 806/2015 (regras do jogo póquer não bancado na variante «hold'em» online; in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 232, 26 de Novembro de 2015, pp. 34.361 ss), ponto 16: «A participação no jogo está sujeita ao pagamento de uma comissão à entidade exploradora», a cobrar segundo uma de duas modalidades (detalhadas nos pontos seguintes do regulamento).

Inversamente, para os jogadores a probabilidade de ganhar terá de ser sempre à partida desfavorável, ainda que só por uma margem muito pequena. Por exemplo, no Bacará Ponto e Banca a vantagem da casa é de 1,06% nas apostas na banca (*banker*), de 1,24% nas apostas no ponto (*player*), e de 14,36% no empate.⁶⁰ Na Roleta de 37 números o casino paga 36 vezes o valor da aposta, tendo assim uma vantagem de 2,63%, que passa para 5,26% na de 38 números (com «0» e «00»).⁶¹

Tudo isto significa que só uma minoria de jogadores ou apostadores consegue ganhar dinheiro. Note-se em todo o caso que o dinheiro ganho através de jogo lícito, conduzido sem fraude, é «dinheiro limpo», ou seja, adquirido de acordo com o sistema jurídico e reconhecido como tendo uma causa válida de adquirir. Daqui deriva que não deve ser confiscado; e que há um risco de branqueamento de capitais.

Para que tal ganho aconteça é imperativo que o jogador tenha uma dose não trivial de sorte, que permita superar probabilidades à partida adversas. Consoante o jogo, poderá ser igualmente necessário ter alguma perícia, como ocorre no caso do Blackjack, dada a existência uma estratégia recomendada (*basic strategy*) assente em premissas matemáticas que, a não ser seguida, agrava ainda mais as já à partida desfavoráveis probabilidades do jogador e favorece as do casino. Esta realidade é recolhida na conhecida afirmação, corrente na sabedoria popular, de que a única forma de ganhar ao jogo de modo estável e continuado reside em ser o proprietário do casino.

O domínio destes factores matemáticos permitiu, como se disse, o aparecimento de empresas de jogo permanentes, oferecendo vários jogos de um modo estável e transparente. O mais antigo casino ocidental, o *Ridotto*, abriu em 1638 em Veneza.⁶² Os casinos surgiram em Portugal em 1927, no Nevada em 1931, em Macau em 1962, em Espanha em 1977, em Singapura em 2010.

As apostas em corridas de cavalos, com múltiplos antecedentes anteriores, tornaram-se muito populares no século XIX.

⁶⁰ Em detalhe, Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math* (n. 55), 99 ss.

⁶¹ Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math* (n. 55), 85 ss.

⁶² Sobre o casino de Veneza, cfr. Russell T. Barnhart, «Gambling with Giacomo Casanova and Lorenzo da Ponte in eighteenth century Venice — The *Ridotto*: 1638-1774», in William Eadington e Judy Cornelius (eds.), *Gambling. Public policies and the social sciences*, University of Nevada Reno, Reno NV, 1997, 451 ss; Marta Soligo, «Playing with heritage. Gambling and Venice's tradition», in Mark R. Johnson (ed.), *The casino, card and betting game reader: communities, cultures and play*, Bloomsbury, Nova Iorque NY, 2021, pp. 259 ss. O jogo de eleição era a Basetta (Basset, Basette), um jogo com 1% a 3% de vantagem da casa e que foi o precursor do Faraó.

A *slot machine*, um aparelho automático de jogo que atribui prêmios dependendo da combinação de símbolos, foi inventada nos Estados Unidos no final do século XIX. A primeira versão de base mecânica, de 1891, era uma adaptação do Poker com um baralho de cartas em cinco cilindros com dez posições cada, sendo removidas duas cartas; teve imediato sucesso, mas era demasiado complexa e não fazia pagamentos. Pouco depois, em 1895, surgiu a máquina que ficou conhecida como *Liberty Bell*, com três cilindros e só cinco símbolos (os quatro naipes e o sino), com pagamento automático do prêmio. O fabricante líder foi durante muitos anos a Mills Novelty Company. Outras máquinas pagavam em pastilhas elásticas do sabor indicado, dando origem à tradição das *fruit machines*, como ainda são conhecidas em alguns países. Esta invenção deu origem a toda uma indústria de máquinas de jogo. Na década de 1960 surgiu a máquina electromecânica, que tornou desnecessário puxar a alavanca lateral, bastando carregar num botão. Na década de 1970 surgiu a *slot machine* de base informática, com programação de computador e resultados exibidos num monitor. As máquinas podem exigir um montante de aposta variável, mas normalmente permitem jogar com montantes muito baixos. No Japão foi desenvolvida uma variante conhecida por *Pachislot*.

O advento da internet tornou o jogo *online* numa grande indústria a partir da década de 1990, uma matéria que teve rápida evolução.⁶³

8. A expansão do jogo autorizado

A grande tendência histórica de séculos é uma evolução no sentido de uma progressiva tolerância do jogo a dinheiro entre privados e do crescimento e aceitação do jogo autorizado; e, inversamente, de uma diminuição ou desaparecimento das proibições absolutas de jogo. Trata-se de um movimento que em muitos países se fez de avanços e recuos mais ou menos pendulares entre a proibição absoluta, a proibição não aplicada resultando numa permissão informal, a tolerância calculada e a permissão formal.

É o caso dos Estados Unidos, onde I. Nelson Rose observou a existência de três vagas sucessivas de legalização e proibição do jogo.⁶⁴ Ocorreram movimentos

⁶³ Sobre a matéria cfr. o fundamental volume de I. Nelson Rose e Martin D. Owens, *Internet gaming law*, 2.^a ed., Mary Ann Liebert, New Rochelle NY, 2009 (1.^a ed., 2005).

⁶⁴ Cfr. I. Nelson Rose, «The legalization and control of casino gambling», in *Fordham Urban Law Review*, vol. 8(2), 1979, 245 ss; cfr., por último, Walter T. Champion Jr. e I. Nelson Rose, *Gaming law in a nutshell*, West, St. Paul MN, 2012, 42 ss.

legislativos pendulares análogos em França⁶⁵ e no Brasil.⁶⁶ O mesmo sucedeu no caso da China: com efeito, no que toca a aspectos com directa relação com Macau, é de referir que foram numerosas as oscilações da política pública sobre o jogo a dinheiro na província de Cantão, quer no período imperial durante o final do século XIX quer no período republicano na primeira metade do século XX.⁶⁷ Com a implantação da República Popular da China em 1949 foi decretada uma proibição total do jogo que subsistiu durante quase quatro décadas, até à criação de duas lotarias.⁶⁸ Assiste-se actualmente a uma rápida expansão do jogo autorizado, com destaque especial para Singapura,⁶⁹ com

⁶⁵ Jean-Louis Harouel, «De François I^{er} au pari en ligne, histoire du jeu en France» (n. 53), 5 ss; Jean-Baptiste Darracq, *L'état et le jeu. Étude de droit français*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, 53 ss.

⁶⁶ O hotel Copacabana Palace, no Rio de Janeiro, foi inaugurado em 1923, com um casino, seguindo a tradição europeia de desenvolver o turismo e procurar atrair visitantes às estâncias balneares e estações termais. Foi decretada uma proibição do jogo pelo Decreto-Lei n.º 9215, de 30 de Abril de 1946, do Presidente Eurico Gaspar Dutra (g. 1946-1951), que levou na altura ao encerramento de cerca de 70 casinos e a muitos despedimentos. No seu preâmbulo afirma-se que «a repressão aos jogos de azar é um imperativo da consciência universal», que «a legislação penal de todos os povos cultos contém preceitos tendentes a esse fim», que «a tradição moral jurídica e religiosa do povo brasileiro é contrária à prática e à exploração de jogos de azar» e que «das excepções abertas à lei geral, decorreram abusos nocivos à moral e aos bons costumes». Em anos recentes têm surgido iniciativas legislativas no sentido de inverter a situação. De 1993 a 2004 foram autorizados bingos, um sector que teve um crescimento enorme mas foi interrompido abruptamente dando origem a múltiplas controvérsias jurídicas. Cfr. Victor Targino de Araújo, *Considerações para a regulamentação dos cassinos no Brasil*, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012, 60 ss. Têm sido feitos múltiplos esforços em tempos recentes no sentido da aprovação de legislação com vista a legalizar o jogo.

⁶⁷ Cfr. Virgil Ho, *Understanding Canton. Rethinking popular culture in the Republican period*, OUP, Oxford, 2005, 156 ss.

⁶⁸ A *Welfare Lottery* foi criada em 1987 e a *Sports Lottery* (apostas desportivas) em 1994. Há hoje uma variedade de formas de jogo incluindo múltiplos *video lottery terminals* e lotarias instantâneas.

⁶⁹ Cfr. Derek da Cunha, *Singapore places its bets. Casinos, foreign talent and the remaking of a city-state*, Straits Times Press, Singapura, 2010, 21 ss. O processo começou com um anúncio ministerial no parlamento em Março de 2004, passou pela aprovação do *Casino Control Act* em 2006 e culminou na abertura de dois «*integrated resorts*» de largas dimensões em 2010, o Marina Bay Sands (explorado pela Las Vegas Sands) e o Resorts World Sentosa (explorado pela Genting Berhad). Foi criada uma entidade de supervisão especial a *Casino Regulatory Authority of Singapore* (conhecida como CRA). A legislação de Singapura é muito baseada na legislação de Victoria, Austrália. É de notar no entanto que em 2014 foi aprovado o *Remote Gambling Act* (que entrou em vigor em 2 de Fevereiro de 2015), uma lei muito restritiva contra todas as formas de jogo na internet não autorizadas, que veio permitir o bloqueio de páginas de jogo não autorizado em Singapura, o bloqueio de pagamentos e interdições de publicidade. Para mais indicações sobre o caso de Singapura, cfr. Jorge Godinho, «How to win a gaming concession. A pragmatic look at the dynamics of gaming legalization within integrated resorts», in *Gaming Law Review and Economics*, vol. 24(4), 2020, pp. 255 ss.

perspectivas igualmente no Japão e noutros países da região.⁷⁰ Há por outro lado uma expansão global do jogo organizado oferecido através da internet.

9. O jogo e o direito

O problema político-social de base e ponto de partida do direito do jogo é o de determinar se esta actividade — a um tempo lúdica e patrimonial e não isenta de consequências nefastas — deve ser proscrita e reprimida ou, pelo contrário, admitida e regulada pelo sistema jurídico. Daqui deriva a questão de saber se o jogo pode ser considerado como uma forma válida de adquirir património por quem joga e por quem explora o jogo, reconhecida ou mesmo tutelada pelo Direito. A questão de saber se se deve aceitar o jogo a dinheiro não é certamente nova: o problema de base é um fenómeno mundial provavelmente tão antigo quanto o próprio dinheiro, e um dado antropológico permanente, que dá lugar a um debate sempre renovado.

Todos os sistemas jurídicos tomam posição e regulam de alguma forma o jogo a dinheiro — mesmo que seja só para o proibir totalmente, caso em o «direito do jogo» redunde numa realidade de natureza penal.⁷¹ A regulamentação do jogo pode oscilar da proibição penal de todos ou alguns tipos de jogos de fortuna ou azar a dinheiro até à aceitação da existência de várias formas legalizadas de jogo exploradas em moldes comerciais.

O debate destas questões é inevitável e parte de uma problemática mais ampla, presente em toda a história.⁷² Os termos dos debates são bem conhecidos e incluem argumentos relacionados por um lado com o valor intrínseco ou ético do jogo e por outro lado com as suas consequências ou efeitos.

⁷⁰ Para algumas indicações sobre Singapura, Taiwan, Japão, Coreia do Sul, Filipinas, Vietname, Cambodja, Malásia e Rússia, cfr. Jorge Godinho, «Casino gaming in Macau: evolution, regulation and challenges», in *UNLV Gaming Law Journal*, vol. 5(1), 2014, 1 ss; cfr. 23 ss.

⁷¹ Assim, por exemplo, a obra (publicada na Malásia) de Freda Gonzales-Sabapathy, *Gaming laws. A commentary*, Sweet & Maxwell Asia, Petaling Jaya, 2005, é uma discussão essencialmente penal (apesar de existir uma indústria de jogo na Malásia).

⁷² No dizer de um autor: «Os nossos sistemas jurídicos, as nossas religiões e os nossos sistemas educacionais estão profundamente preocupados com o controlo do prazer. Criámos regras e costumes detalhados em redor do sexo, das drogas, dos alimentos, do álcool e até mesmo do jogo. As prisões estão cheias de pessoas que violaram leis que proíbem certas formas de prazer ou que lucraram por incentivar outros a fazê-lo»; cfr. David Linden, *The compass of pleasure. How our brains make fatty foods, orgasm, exercise, marijuana, generosity, vodka, learning, and gambling feel so good* (n. 3), 3.

Ao longo da história o jogo foi muitas vezes considerado como indesejável, por motivos éticos, religiosos,⁷³ preventivos ou outros, designadamente associados à valorização do trabalho e à desvalorização do ócio. Tal deve-se ao facto de o jogo ser visto como uma actividade não produtiva — «jogo» e «trabalho» são entendidos como realidades opostas —, sendo o jogo muitas vezes visto como uma parte integrante da «baixa cultura». De acordo com as representações mais correntes nenhum valor económico é criado através da realização de apostas ou do manuseamento de cartas, dados ou outros dispositivos análogos. O jogo seria assim uma pura perda de tempo, uma inutilidade social, uma forma de preguiça ou mesmo um factor de corrupção do espírito. Com efeito, ofereceria a falsa promessa de poder enriquecer sem trabalhar; mas visto que não seria produzido qualquer valor acrescentado num jogo de soma nula, redundaria em pura exploração do homem pelo homem.

Em termos de valor ético, o jogo a dinheiro pode ser retratado, por um lado, como uma mera diversão, entretenimento, escape ou prazer, com uma base biológica cuja existência é uma constante irrecusável e corresponderá até a um direito fundamental.⁷⁴ Por outro lado, pode ser visto como um pecado e uma forma moralmente errada de tentar ganhar dinheiro sem nada produzir e sem contribuir para o avanço da sociedade.

Quanto às suas consequências económicas e sociais, a existência de uma indústria do jogo pode ser vista como uma forma de angariar receitas fiscais para o financiamento de «boas causas», criar emprego, gerar desenvolvimento económico, atrair capitais, povoar novas áreas, promover a «regeneração» urbana, aumentar o turismo, entre outras finalidades sem dúvida desejáveis e meritórias⁷⁵ — daqui alguma inclinação para entregar a gestão a entidades sem fim lucrativo. No entanto, pode ser resistida como factor potencialmente criminógeno, criador de estilos de vida desviantes, prostituição, jogo patológico e compulsivo, desprezo pelo próprio, pelos filhos e família e pelo emprego,

⁷³ Para uma oposição ao jogo de um ponto de vista religioso, cfr. Rex M. Rogers, *Gambling. Don't bet on it*, Kregel Publications, Grand Rapids MI, 2005.

⁷⁴ O Estado não pode ter a pretensão de proibir todos os vícios, visando uma sociedade sem tabaco, sem álcool, sem drogas, sem sexo fora do casamento e sem jogo. Uma sociedade que fosse apenas de trabalho e sem qualquer forma de escape ou entretenimento duvidoso, que teria apenas como forma aprovadas a literatura, o teatro, o cinema, a arte, os museus, o desporto e outras actividades «impolutas» não existe — nem se crê que possa alguma vez vir a existir. Não parece desejável como princípio nem realizável na prática a proscrição absoluta de todos os vícios. Bastará apenas recordar que, como se sabe, a proscrição apenas serve para criar mercados negros e criminalidade organizada, que preenche o vácuo de oferta assim criado.

⁷⁵ Cfr. William Eadington, «Understanding gambling», in William Eadington e Judy Cornelius, *Gambling. Public policies and the social sciences* (n. 62), 3 ss.

suicídios, divórcios, crime organizado e uma série de outros efeitos negativos para os indivíduos, as famílias e a «fibra moral» da sociedade.

Há, no entanto, uma sua crescente tolerância e aceitação como forma de entretenimento; mesmo assim, as atitudes diferem ainda consideravelmente entre sistemas jurídicos e culturas, não havendo qualquer consenso internacional detalhado sobre o tema.

Embora as generalizações sejam sempre arriscadas, na realidade o jogo compartilha de vários dos aspectos positivos e negativos mencionados, movendo-se na área particularmente complexa e ambivalente onde se situam aquilo a que de um modo geral e pouco rigoroso se poderá denominar de «vícios»: tabaco, álcool, sexo, drogas, etc. Sobre esta matéria deve imperar o princípio liberal segundo o qual as condutas de adultos, em privado, que não causam dano a terceiros, não devem ser proibidas pelo sistema — embora possam ser limitadas, reguladas ou enquadradas.

O posicionamento do sistema jurídico deve ser visto sob dois ângulos: a atitude perante o jogo a dinheiro em geral, entre privados, fora de estruturas formais; e a atitude para com o jogo a dinheiro organizado, oferecido de modo empresarial.

O jogo entre privados, fora de estruturas formais, é tolerado mas desencorajado.

No caso do jogo organizado as reacções dos sistemas variam, mas ainda assim a tendência mais geral, com múltiplas variantes, é a de admitir a existência de uma «indústria do jogo» legalizada — rodeando-a porém de múltiplas restrições legais e operacionais com o fim de evitar tanto quanto possível os seus efeitos nefastos, que sempre subsistirão em alguma medida. O jogo organizado é autorizado, sendo desencorajado o jogo excessivo.⁷⁶ Trata-se de uma solução de um modo geral pragmática e equilibrada. Não restam quaisquer dúvidas de que uma proibição total da oferta de jogo seria a mera tutela de uma suposta moralidade, onde não se descortinaria qualquer bem jurídico digno de protecção.⁷⁷ Por outro lado, nunca seria eficaz na prática, pois seguramente só iria criar problemas sociais mais graves, designadamente crime organizado: a história e os casos paralelos de outros proibicionismos mostram à evidência que

⁷⁶ Cfr. *supra*, n. 10 e texto correspondente.

⁷⁷ Têm aqui lugar, com inteira pertinência, as considerações gerais que podem ser tecidas em redor de quaisquer fenómenos de neocriminalização. Sobre esta matéria, cfr., por todos, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, tomo I, 3.^a ed., Gestlegal, Coimbra, 2019, 141, § 32 ss. (não é possível criminalizar onde não exista um bem jurídico e se trate apenas de uma pura violação moral ou de impor uma proposição meramente ideológica).

o jogo não iria desaparecer, e continuaria a ser oferecido *underground*. Não cremos que seja em caso algum uma solução para que se deva apontar.

Neste quadro, o direito do jogo define a atitude básica do sistema jurídico para com os dois aspectos paradigmáticos do jogo a dinheiro: o jogo casual entre privados e o jogo organizado em moldes empresariais (a «exploração» do jogo).

De um modo geral, os sistemas jurídicos nunca foram neutros em relação a estes problemas: dão-lhes respostas expressas. Por outras palavras, o jogo a dinheiro não é em caso algum uma realidade extrajurídica, que o Direito ignore.

Em termos mais analíticos, a reacção do sistema é na verdade matizada e gira em redor de três pólos abstractos:

a) *Proibição*: o jogo a dinheiro é ilícito e a sua organização, exploração e prática são puníveis por normas de direito penal;

b) *Tolerância do jogo não empresarial*: o jogo a dinheiro ocasional entre privados, não organizado em moldes empresariais (sem «exploração»), não é criminalizado, mas também não é legalmente protegido pelo sistema jurídico;

c) *Autorização de empresas de jogo*: permissão, regulamentação e tributação da «indústria do jogo», operada pelo Estado ou por empresas privadas em sistema de monopólio, oligopólio ou de mercado aberto.

A realidade nunca ocorre de modo puro e estas três atitudes possíveis coexistem frequentemente no mesmo sistema jurídico. É o caso de Portugal: como veremos adiante com pormenor, algumas formas de jogo são proibidas enquanto outras são autorizadas, reguladas e tributadas; outras ainda caem no meio: são toleradas, mas não inteiramente protegidas, pelo direito.

10. Interdisciplinaridade

O que acabámos de referir traduz directamente a natureza multipolar desta área do direito. Assim, qualquer estudo do direito do jogo que se queira minimamente abrangente assume necessariamente uma natureza interdisciplinar e abarca questões de diversas disciplinas jurídicas. O direito do jogo não é um ramo do direito no sentido ortodoxo bem conhecido dos juristas, mas sim uma selecção de questões que se dirigem especificamente ao jogo a dinheiro em geral e à indústria do jogo em particular. É uma realidade dotada de bastantes

analogias com o direito bancário⁷⁸ ou com o direito dos seguros, que partilham muitas semelhanças, especialmente a inclusão de questões que atravessam de modo transversal a distinção básica entre direito público e privado. Não se trata de um ramo «puro» do direito, mas sim de uma área institucional. No entanto, é um ramo dotado de uma unidade própria, não sendo apenas o resultado de uma colagem de várias áreas especiais: o direito administrativo especial do jogo, o direito civil especial do jogo, o direito penal especial do jogo, etc. Todas estas áreas onde a disciplina se ancora devem ser vistas de um modo integrado e não, como faz a doutrina corrente, como ilhas isoladas que se desconhecem mutuamente e por isso não dialogam entre si.

Na impossibilidade de proceder aqui a um levantamento exaustivo das questões suscitadas pela interdisciplinaridade, deixamos de seguida algumas dimensões do problema.

Numa abordagem interdisciplinar importa estar ciente da complexidade decorrente das diferentes perspectivas práticas e normativas, bem como do facto de que várias fontes podem ter influência sobre a mesma questão.

No plano legislativo, da interdisciplinaridade resulta que não há nem pode haver uma codificação — pelo menos nos moldes tradicionais —, já que os códigos respeitam de modo rigoroso as fronteiras entre disciplinas. Logo, assiste-se a uma inevitável dispersão legislativa. Com efeito, cada diploma legal ocupa-se de certos problemas muito concretos, numa perspectiva específica, o que pode colocar dificuldades ou dúvidas interpretativas, nomeadamente se um diploma de cunho administrativo tem igualmente implicações contratuais. As dúvidas são frequentes vezes adensadas em virtude de não haver na legislação extravagante um esforço nítido de separar os aspectos de direito privado dos aspectos de direito público.

Os próprios conceitos jurídicos que são usados em fontes diversas têm de ser vistos com extremo cuidado, já que podem assumir em cada contexto uma intencionalidade normativa distinta; conceitos como o de «jogos de fortuna ou azar» ou «apostas mútuas» constam de leis administrativas e de leis penais para fins diferenciados. Há nas leis do jogo muitas definições legais de conceitos,

⁷⁸ A. Menezes Cordeiro, *Direito bancário*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2014, 60 ss, identifica no direito bancário duas grandes áreas. A primeira é o direito bancário *material*, que é «à partida, um direito contratual» e que deve ser incluído «no grande Continente do Direito privado» (p. 61). A segunda é o direito bancário *institucional*, que inclui regras de direito público, tendencialmente administrativo, direito das sociedades comerciais, direito privado e «direitos instrumentais e acessórios» (p. 63). Nestes últimos o Autor refere regras de registo e regras contra-ordenacionais (p. 65). O Autor não refere a existência de um direito penal bancário.

mas estas muitas vezes servem propósitos especializados ou sectoriais e não se destinam a ser verdadeiramente gerais. Esta falta de conceitos gerais é compreensível — o objectivo da lei é regular e não teorizar —, mas presta-se a manipulações conceptuais e a subsunções apressadas.

A natureza multipolar do direito do jogo e as tradições de cada um dos seus âmbitos contribuem igualmente para entender os silêncios das fontes, já que em cada perspectiva há questões que assumem a primazia e outras que nem sequer se colocam. Por exemplo, o Código Civil fala de «jogo» e de «aposta», mas nada diz sobre lotarias. Já as leis de pendor sobretudo administrativo trabalham conceitos diversos, desconhecidos da lei civil, como «jogos de fortuna ou azar», «apostas mútuas», «operações oferecidas ao público» ou «lotarias instantâneas». Cabe à doutrina concatenar e sistematizar de modo global todos estes conceitos, explicitando em que perspectiva devem ser entendidos.

A natureza multipolar do direito do jogo significa em último termo que esta área do sistema jurídico verdadeiramente não tem um «centro de gravidade» único, mas sim vários pontos de apoio: administrativo, contratual e penal. O direito do jogo é um triângulo de faces móveis e diferentes cores: verde para o jogo autorizado, amarelo para o jogo meramente tolerado, vermelho para o jogo proibido. O intérprete deve, pois, proceder com algum cuidado e uma das tarefas de base será a de entender a teleologia e o alcance de cada aspecto da regulamentação. Importará talvez recordar e ter presente, como grelha analítica, a tripartição lógica das normas jurídicas: permissões, obrigações e proibições,⁷⁹ fazendo uma aplicação adaptada a este domínio:

a) *Permissões*: há jogo a dinheiro entre privados (não comercial), que pode existir, mas não tem de existir, e que neste sentido é meramente permitido ou tolerado pelo sistema, não sendo nem proibido nem estimulado.

b) *Obrigações*: há formas empresariais ou organizadas de jogo a dinheiro que são não só autorizadas, mas têm mesmo de existir, sendo obrigatória a sua operação pelas respectivas concessionárias ou operadoras, nos termos dos contratos de concessão firmados ou das licenças emitidas, ou da legislação vigente.

c) *Proibições*: há formas de jogo a dinheiro, ou tipos de apostas, ou práticas (mesmo no âmbito do jogo lícito), ou vias de financiamento, que são proibidas e punidas.

A história mostra que cada uma destas três perspectivas arrasta consigo valores, âmbitos, experiências e narrativas próprias. Não há assim um centro de

⁷⁹ Por todos, Miguel Teixeira de Sousa, *Introdução ao direito*, Almedina, Coimbra, 2013, 208 ss.

gravidade «originário» outro que não seja a comunidade juridicamente organizada e o poder político estabelecido no quadro constitucional. As políticas públicas são o factor determinante na configuração básica deste ramo de direito, nomeadamente a maior ou menor repulsa pelo jogo a dinheiro e a maior ou menor intenção de o reprimir, limitar, tolerar, permitir, ou de alcançar certos objectivos económicos e sociais e dele obter receitas fiscais. Deste modo, as considerações de direito público assumem alguma primazia dada a existência de um conjunto significativo de normas imperativas, que fazem sentir os seus efeitos ao nível do direito privado, nomeadamente comprimindo a margem de actuação da autonomia privada. Há ainda alguma variabilidade e cadência na produção legislativa e nas actuações administrativas, um fenómeno típico do direito público.