

# JURISMAT

---

Revista Jurídica

Número 19

2024

# **JURISMAT**

**Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**

**N.º 19 – PORTIMÃO – MAIO 2024**

## **Ficha Técnica**

Título: JURISMAT – Revista Jurídica | Law Review – N.º 19  
Director: Alberto de Sá e Mello  
Edição: Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suárez (ISMAT / ULHT / ULP)  
Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes  
Rua Dr. Estêvão de Vasconcleos, 33 A  
8500-656 Portimão  
PORTUGAL

Edição on-line: <https://recil.grupolusofona.pt/>  
Catalogação: Directório Latindex – folio 24241  
Correspondência: [info@ismat.pt](mailto:info@ismat.pt)  
Capa: Eduarda de Sousa  
Data: Maio 2024  
Impressão: ACD Print  
Tiragem: 100 exemplares  
ISSN: 2182-6900

## ÍNDICE

<b>PALAVRAS DE ABERTURA</b> .....	7
<b>ARTIGOS</b> .....	11
PAULO FERREIRA DA CUNHA Justiça & Política(s) – Reflexões Imanentes e Prospetivas .....	13
RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS Guerra Junqueiro em Coimbra – O Estudante de Direito e o Poeta .....	39
DIEGO SIQUEIRA REBELO VALE & SANDRO ALEX SOUZA SIMÕES O formalismo jurídico alemão no século XIX e o problema da interpretação .....	57
MIGUEL SANTOS NEVES Gaza, o conflito Israel-Palestina e Lawfare: limitações na capacidade do direito internacional regular os conflitos armados .....	87
MARIA DOS PRAZERES BELEZA Decisão sobre a admissão do recurso; em especial, da revista excepcional .....	141
J. P. REMÉDIO MARQUES Reivindicação <i>versus</i> demarcação – violação de caso julgado ("contrário contraditório") .....	155
JORGE GODINHO O crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar (art. 108.º da lei do jogo)....	197
DORA LOPES FONSECA A prática do crime de violência doméstica em casos de alienação parental: breves notas reflexivas.....	251
CARLOS FERREIRA DA SILVA O ilícito de mera ordenação social como ramo do direito sancionatório e a sua convivência com o princípio da culpa.....	263
LUÍS MANUEL PICA & MÁRIO FILIPE BORRALHO Da tributação da renúncia ao direito às tornas no contrato de partilha de herança: a fragmentação entre os conceitos de "onerosidade" e de "gratuidade" e a (in)compreensão do regime dualista .....	287
MAROUANE CHACHOUI La force majeure et la théorie de l'imprévision à l'ère de la pandémie covid-19 .....	303
HUGO CUNHA LANÇA Os Princípios Gerais do Direito das Sociedades Comerciais: um excursus.....	321

---

ROBA IHSANE	
Le transfert temporaire de la propriété des actions.....	343
SAÏD AZZI	
Les pratiques anticoncurrentielles : risques et sanctions sous la lumière de la loi 104-12 .....	361
ANTÔNIO CARLOS MORATO	
A criação de brinquedos e sua proteção no Brasil.....	375
<b>ARTIGOS DE ESTUDANTES E DIPLOMADOS DO CURSO DE DIREITO DO ISMAT .....</b>	<b>401</b>
GONÇALO AMARO CAMACHO	
O uso de sistemas de geolocalização pelo empregador na lei e na jurisprudência .....	403
PATRÍCIA FILIPA NUNES TEIXEIRA	
Confronto entre o direito à habitação e o direito de propriedade privada: algumas notas sobre a (in)constitucionalidade do arrendamento coercivo .....	423

# O crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar (art. 108.º da lei do jogo)

JORGE GODINHO \*

**Sumário:** I. Introdução; 1. O tema; sequência; 2. Fontes; a interdisciplinaridade; II. Evolução histórica; 3. A proibição dos jogos de fortuna ou azar até 1927; 4. O sistema de concessões de 1927; a lei de 1929; 5. A lei do jogo de 1958; 6. A lei do jogo de 1969; 7. A lei do jogo vigente, de 1989; III. O bem jurídico protegido; 8. Bons costumes; 9. A ordem pública; 10. O interesse fiscal do Estado; 11. O sistema de autorização regulamentada; 12. O património; IV. Elementos objetivos; 13. O autor do crime; 14. Jogo vs outras realidades; 15. Os jogos de fortuna ou azar; 16. Máquinas que não pagam prémios diretamente; 17. A exclusão das «modalidades afins»; 18. A exploração; 19. A ilicitude da exploração; os locais autorizados; V. Elementos subjectivos; 20. O dolo; 21. A questão do erro; VI. Prática ilícita e presença em local de jogo de fortuna ou azar; 22. Prática ilícita de jogo (art. 110.º); 23. Presença em local de jogo ilícito (art. 111.º)

---

**JURISMAT**, Portimão, n.º 19, 2024, pp. 197-249.

\* Professor Associado do ISMAT e Professor Visitante da Universidade de Macau.

## I. Introdução

### 1. O tema; sequência

Este texto procura analisar — sem quaisquer preocupações de exaustividade — o crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar em ambiente físico, presencial ou de base territorial (*land-based*), actualmente previsto no artigo 108.º do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro (conhecido como «lei do jogo» ou LJ).<sup>1</sup> Não é aqui abordado o crime «paralelo» de exploração ilícita de jogos e apostas *online*, previsto no artigo 49.º do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de Abril (regime jurídico dos jogos e apostas *online*, conhecido como «lei do jogo *online*» ou LJO), sem prejuízo de lhe ser feita uma ou outra referência.<sup>2</sup>

Trata-se de uma problemática de direito do jogo, ou, mais precisamente, de direito penal do jogo. Assim, seguir-se-á a metodologia habitual nos estudos da parte especial do direito penal. A análise centra-se em aspectos introdutórios e relativos à tipicidade.

A parte II analisa a longa evolução histórica deste crime, das Ordenações aos nossos dias, salientando o momento de viragem que foi a legalização dos jogos de fortuna ou azar em 1927.

Na parte III pergunta-se pelo bem jurídico protegido, uma questão que se relaciona nomeadamente com a legitimidade constitucional desta incriminação e com o impacto do direito da União Europeia.

Segue-se a análise de pormenor da incriminação, ao nível da tipicidade. Após algumas considerações sobre a autoria, cabe distinguir os vários elementos objectivos do crime (parte IV):

- a) Em primeiro lugar há que saber o que se deve entender por *jogo* em geral, para o que importa lançar mão das noções construídas

---

<sup>1</sup> Dois outros crimes conexos — os crimes de prática ilícita de jogo e presença em local de jogo ilícito (previstos nos artigos 110.º e 111.º do mesmo diploma) — são objecto de referências breves.

<sup>2</sup> O crime de exploração ilícita de jogos e apostas *online* justifica um estudo autónomo, desde logo porque o legislador procedeu a uma separação formal entre o jogo de base territorial e o jogo *online*: existem dois regimes paralelos, com tratamento segregado ou «bicéfalo», e importantes diferenças a muitos níveis, incluindo na matéria penal. Esta «bipartição» é um aspecto de uma realidade mais geral: o direito do jogo espraia-se por diversos regimes assimétricos, constantes de copiosa legislação extravagante, sem que exista uma visão de conjunto. Não há evidentemente qualquer codificação ou parte geral, e predomina um certo casuísmo.

- pelo direito privado sobre contratos de jogo, incluindo a tripartição entre jogos, apostas e lotarias;
- b) de seguida surge a questão de saber o que se deve entender por *jogo de fortuna ou azar* em particular: cabe apurar a existência ou não, no caso concreto, deste subtipo de jogo (que se contrapõe aos jogos de perícia);
  - c) Na sequência desta última questão, torna-se necessário analisar mais em pormenor as questões colocadas pelas «máquinas que não pagam prémios directamente», de modo a apurar em que medida são abrangidas pela tipificação;
  - d) De seguida cabe discutir o sentido de uma delimitação negativa operada pelo legislador — a exclusão da tipicidade das *modalidades afins*, que são matéria de contra-ordenação e não matéria crime;
  - e) Segue-se o estudo da noção de *exploração* (de jogos de fortuna ou azar);
  - f) A isto se segue a questão da *ilicitude* da exploração, descrita pelo legislador como um elemento negativo de índole espacial: a exploração de jogos de fortuna ou azar é ilícita quando ocorre *fora dos locais autorizados*.

Na parte V são abordados os elementos subjectivos do tipo e, na sua sequência, as questões de erro.

A parte VI tece breves considerações sobre dois crimes conexos, previstos nos artigos 110.º (prática de jogo ilícito) e 111.º (presença em local de jogo) da lei do jogo, o já referido Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro.

## 2. Fontes; a interdisciplinaridade

Convirá começar por salientar os contornos interdisciplinares desta investigação. Como facilmente se percebe, a problemática da exploração *ilícita* de jogos de fortuna ou azar está necessariamente relacionada com a sua exploração *lícita*. Uma primeira observação das fontes logo o revela. O crime aqui em causa é previsto num diploma (o Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, a «lei do jogo») cujo principal propósito é de direito administrativo: regular a concessão da exploração dos jogos de fortuna ou azar a entidades privadas.<sup>3</sup> Pode-se afirmar, de forma muito genérica ou preliminar, que a discussão das dimensões penal e contra-ordenacional (o jogo ilícito *lato sensu*) começa onde acaba a dimensão administrativa (o jogo lícito).

<sup>3</sup> A situação é análoga no caso dos jogos e apostas *online*, que se faz, porém, através de licenças (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de Abril) e não através de concessões.



Porém, este é só um primeiro aprofundamento, ainda muito genérico. Na verdade, a interdisciplinaridade desta matéria é mais ampla: as normas penais trabalham com conceitos avançados por regulamentação administrativa e também, ou até antes disso, usam noções avançadas por normas de direito privado, a começar pelo Código Civil, que tem um papel a desempenhar neste contexto.

Como resultado, o tema reveste-se de alguma complexidade: a sua análise implica a concatenação de elementos penais e extrapenais, designadamente noções de direito privado e de direito administrativo pressupostas pelos tipos legais de crime. Com efeito, o direito do jogo moderno é um ramo interdisciplinar, um corte transversal que comporta vários patamares de análise. A tipificação penal, enquanto «fecho da abóboda», usa conceitos oriundos de níveis «inferiores», cujo sentido cabe apurar e reinterpretar em chave penal.

Assim, num primeiro patamar, na base do *ludere in pecuniam* existem negócios jurídicos patrimoniais: os contratos de jogo. O jogo a dinheiro desenvolve-se por meio de contratos aleatórios com função lúdica. Quanto às suas tipologias, os contratos de jogo podem ser de índole muito diversa. É possível operar uma tripartição fundamental do jogo *lato sensu* entre: jogos *stricto sensu*, apostas e lotarias. No que respeita aos «canais» ou modos de oferta do jogo, cabe naturalmente distinguir entre jogo físico ou de base territorial, e jogo *online*.<sup>4</sup> Os contratos de jogo, se oferecidos por empresas de jogo (com ou sem fins lucrativos), colocam questões de defesa do consumidor. Os contratos de jogo serão válidos e poderão gerar obrigações civis se estiverem reunidos determinados requisitos; em certos casos, deles resultam apenas obrigações naturais.

Num segundo patamar, agora num prisma publicista, existe uma desenvolvida regulamentação administrativa e fiscal. Neste ângulo o propósito fundamental é o de limitar o acesso à exploração lícita do jogo, apenas a permitindo a um número restrito de entidades, que devem ser dotadas de um certo número de requisitos (como a idoneidade), devendo a exploração seguir os apertados trâmites impostos pelo legislador — e pelo regulador, o Serviço de Regulação e Inspeção de Jogos (SRIJ) do Turismo de Portugal.

É na base destes dois patamares — o contratual e o administrativo — que se ergue um terceiro: a matéria penal, que compreende os chamados «crimes de

---

<sup>4</sup> Ou seja, tipologias de jogo «em que são utilizados quaisquer mecanismos, equipamentos ou sistemas que permitam produzir, armazenar ou transmitir documentos, dados e informações, quando praticados à distância, através de suportes electrónicos, informáticos, telemáticos e interactivos, ou quaisquer outros meios» — na definição constante da al.<sup>a</sup> o) do art. 4.º da LJO.

jogo». É neste domínio que pretendemos estudar agora o crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar. Sem prejuízo da autonomia dogmática do direito penal, o estudo a desenvolver comporta um necessário «diálogo» com os níveis contratual e administrativo, como veremos em vários pontos da análise que se segue.

## II. Evolução histórica

### 3. A proibição dos jogos de fortuna ou azar até 1927

A criminalização de toda e qualquer forma de exploração de jogos de fortuna ou azar — a chamada «tavolagem» ou «tafularia», nas expressões medievais usadas<sup>5</sup> — vigorou em Portugal durante muitos séculos. Constatou-se das três Ordenações e teve continuidade nos códigos penais de 1852 e 1886. Com a grande viragem de página que foi a legalização dos jogos de fortuna ou azar em 1927, a criminalização passou a referir-se, em moldes mais restritos, à exploração *ilícita* de jogos de fortuna ou azar. Que passou a constar de legislação extravagante em 1928 e, de seguida, foi inserida nas leis do jogo de 1958, de 1969, e na actual, de 1989, como veremos.

Com efeito, até 1927, o objectivo das políticas públicas era a total abolição ou supressão da exploração e da prática de quaisquer jogos de fortuna ou azar, com fundamentos sobretudo de índole religiosa e moralista, que se formaram e consolidaram ao longo de séculos, a partir das medidas impostas por Justiniano (462-565; r. 527-565) em 529 dC.<sup>6</sup> Num sistema de proibição absoluta o direito do jogo é uma pura problemática penal, processual penal e de polícia.

<sup>5</sup> Entre outras expressões usadas ao longo dos tempos. Por exemplo, no final do século XIX as casas de jogo (ilícito) de índole mais popular que operavam em muitas cidades e vilas eram conhecidas por «pataqueiras». Cfr. Irene Vaquinhas, *Nome de código “33856”. Os “jogos de fortuna ou azar” em Portugal entre a repressão e a tolerância (de finais do século XIX a 1927)*, Lisboa: Livros Horizonte, 2006, p. 22.

<sup>6</sup> Sobre estas medidas e a evolução subsequente, cfr. Jorge Godinho, *Direito do jogo*, vol. I, Macau: Fundação Rui Cunha, 2016, pp. 85 ss. Sobre as razões da oposição da religião católica ao jogo, cfr. Massimo Leone, *Christianity and gambling: an introduction*, Las Vegas: Center for Gaming Research (occasional paper series), n.º 42, 2018, concluindo que o cristianismo historicamente teve «uma tendência para condenar o jogo por se tratar de uma fonte de distração da rectidão espiritual, e a estigmatizar o jogo sobretudo por ser uma abertura à aleatoriedade metafísica e, como consequência, um desafio à ideia da onisciência divina» (tradução nossa). Como se sabe, a religião islâmica é muito contrária ao jogo (Alcorão, Surah al-Baqarah 2:219).

A proibição formal do jogo começou pelo menos no reinado de D. Afonso IV (r. 1325-1357), conforme se refere nas Ordenações Afonsinas,<sup>7</sup> que recolheram no Livro V, Título XLI («*que não joguem dados a dinheiro, nem haja tavolagem*»)<sup>8</sup> legislação penal anterior, de D. Afonso IV (que determinou que ninguém poderia ter «*tavolagem em praça, nem em escondido*»; Tít. XLI, 2), de D. Fernando I e de D. João I. As penas eram várias: açoites, multas e o confisco das roupas. Visava-se proscrever os jogos de dados a dinheiro;<sup>9</sup> o baralho de cartas ainda não tinha feito a sua aparição.

Nas Ordenações Manuelinas<sup>10</sup> a proibição da tavolagem foi desenvolvida, sendo entendida como a cobrança de quantias por se jogar, ou a venda de comida ou bebida a quem joga. No Livro V, Título XLVIII («*Como são defesas as cartas e dados*»),<sup>11</sup> foram previstas severas penas:

5. E mandamos que pessoa alguma de qualquer condição e qualidade que seja, não leve dinheiro de tavolagem por jogarem em sua casa, nem lhes dê de comer, nem de beber em sua casa por dinheiro aos que jogarem em sua casa; e o que o contrário fizer pague cinquenta cruzados, e seja degredado dez anos para a Ilha

<sup>7</sup> *Ordenações Afonsinas*, Livro V, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2.<sup>a</sup> ed., 1999 (fac-símile da ed. da Real Imprensa da Universidade de Coimbra de 1792), pp. 148 s (Tít. XLI); publicadas em 1446-48, no reinado de D. Afonso V (r. 1438-1481). O livro V das Ordenações Afonsinas é em larga medida uma compilação de legislação anterior: cfr. Eduardo Correia, «Estudo sobre a evolução histórica das penas no direito português», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 53, 1977, pp. 51 ss; cfr. p. 73.

<sup>8</sup> Refira-se que nas Ordenações Afonsinas existem dois títulos sobre o direito penal do jogo. O título anterior (Tít. LX) trata «*do que joga com dados falsos ou chumbados*» (que D. Dinis puniu em 1304 com a pena de morte — uma pena que nas Ordenações foi considerada «muito áspera» e substituída por açoites, degredo e multa; é matéria relativa ao crime de fraude ao jogo, que não é abordado neste escrito). Nas Ordenações subsequentes estas questões foram reunidas num único título.

<sup>9</sup> Cfr. Flávio de Campos, «Jogos e a temática lúdica em Portugal ao final da Idade Média», in *Bulletin du centre d'études médiévales d'Auxerre*, Hors-série n.º 2, 2008 (disponível em <http://cem.revues.org/9492>); cfr. uma descrição pormenorizada dos sucessivos regimes em Abel Laureano, «Grandes linhas histórico-jurídicas do jogo de fortuna ou azar em Portugal», in *Derecho y cambio social* (Lima, Peru), ano 11, n.º 38 (disponível em [www.derechocambiosocial.com](http://www.derechocambiosocial.com)).

<sup>10</sup> *Ordenações Manuelinas* (1521), Livro V (fac-símile da ed. da Real Imprensa da Universidade de Coimbra de 1797), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 160-162.

<sup>11</sup> A reacção à grande novidade que foi o aparecimento do baralho de cartas foi a sua proibição imediata. No entanto, esta proibição foi seguida, mais tarde, pela criação de um exclusivo real do seu fabrico, através do *Contrato das cartas de jogar e solimão*, que perdurou durante vários séculos. 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*, Lisboa: Apenas Livros, 2010, pp. 39 ss.

de São Tomé; e sendo peão além disso será açoutado publicamente.

Nas Ordenações Filipinas, de 1603, a proibição da tavolagem foi mantida, em termos praticamente idênticos, no Livro V, Título LXXXII («*Dos que jogam dados ou cartas, ou as têm, ou vendem, ou dão tabolagem, e de outros jogos defesos*»<sup>12</sup>).

4. Mandamos, que pessoa alguma, de qualquer qualidade que seja, não leve dinheiro de tavolagem por jogarem em sua casa, nem dê de comer, nem de beber por dinheiro aos que nela jogarem. E quem o contrário fizer, pague cinquenta cruzados, e seja degradado dez anos para o Brasil, e sendo peão, além disso será açoutado publicamente.

A conduta consistia em cobrar dinheiro por jogar (o chamado *barato*) ou dar de comer e beber aos jogadores, por dinheiro.

Esta maneira de entender a tavolagem manteve-se inalterada no projecto de Código Penal de Pascoal José de Mello Freire (1738-1798)<sup>13</sup> que (de forma não totalmente harmoniosa com o que afirmou nas *Institutiones*<sup>14</sup>), apesar de tecer

<sup>12</sup> *Ordenações Filipinas* (fac-símile da ed. de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 1230-1232, com notas de legislação posterior. As Ordenações Filipinas, tal como as Manuelinas, admitiram uma excepção para jogos de tabuleiro como o gamão ou as damas («*salvo se jogarem os jogos, que em tabuleiro se jogam com tabolas, os quais lhe não vedamos, porque as pessoas tenham com que se desenfadem*»); Ord. Fil., Tít. LXXXII, 2).

<sup>13</sup> O projecto foi publicado postumamente. Cfr. Pascoal José de Mello Freire, *Código criminal intentado pela Rainha D. Maria I*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1823, Tít. XXVI («*Dos jogos e teatros*»), para. 9, p. 58 (em 1823 surgiram duas edições póstumas, a citada, de Francisco Freire de Melo, e a de Miguel Sétaro, intitulada *Ensaio do Código criminal a que mandou proceder a rainha D. Maria I*). Cfr., na 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Imprensa da Universidade, 1844, nas *Provas*, as pp. 80 ss. Para uma breve biografia, cfr. Mário Ferreira Monte, «Pascoal José de Mello Freire», in Rafael Domingo (ed.), *Juristas universales*, vol. 2, *Juristas modernos*, Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 695 ss.

<sup>14</sup> *Institutiones Iuris Criminalis Lusitani*, Lisboa, 1794 (*Instituições de Direito Criminal Português*, versão port. Miguel Pinto de Meneses, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 155, 1966, pp. 44 ss). Pascoal de Mello Freire exprimiu nas *Institutiones* dúvidas sobre a criminalização do jogo, numa secção sobre «delitos sem pena», onde após defender a impunidade de várias condutas como a feitiçaria ou o suicídio, afirma que «a usura e o jogo dizem-se, propriamente, não apenas vícios, mas também delitos; não está, porém, suficientemente assente entre os Políticos que penas se devem aplicar no foro, para os delinquentes e os outros se emendarem; o certo é que se mostraram totalmente inúteis a que até hoje se acham estabelecidas nos Códigos de todas as Nações» (p. 75). Mais adiante refere o jogo no contexto dos «delitos de polícia», afirmando que «Sendo estes factos só em si e por sua natureza inocentes e lícitos (exceptuado aquele que fere os bons costumes e o pu-

considerações características do espírito iluminista, preconizou ainda assim a continuação da incriminação da tavalagem anterior, sem quaisquer alterações (que surgem só nas penas):

§ 9. Os que levarem dinheiro de tavalagem por se jogar em sua casa, ou nela derem de comer e beber aos jogadores por dinheiro, serão presos pela primeira vez por trinta dias; pela segunda em dobro; pela terceira perderão em tresdobro todos dinheiros e lucros que da tabolagem tiverem recebido, aplicados para as obras públicas, e todos e ofícios que de nós tiverem, e não poderão servir outros em tempo algum.

No início do século XIX, Pereira e Sousa sistematizou a tavalagem nos crimes contra a economia pública,<sup>15</sup> o que representa uma certa evolução na forma de encarar, com alguma quebra da ligação à moralidade.

O primeiro Código Penal português, de 1852, tratou a matéria do jogo ilícito na Secção 1.<sup>a</sup> («Dos jogos») do Capítulo X («Dos jogos, lotarias, convenções ilícitas sobre fundos públicos, e abusos em casas de empréstimo sobre penhores») do Título III («Dos crimes contra a ordem e a tranquilidade pública»), nos artigos 264.º a 269.º da Parte Especial, onde foram previstos muitos crimes relacionados com o jogo, incluindo a tavalagem.

#### Artigo 267.º

Aqueles que em qualquer lugar derem tabolagem de jogo de fortuna ou de azar, e os que forem encarregados da direcção do jogo, posto que o não exerçam habitualmente, e bem assim qualquer administrador, proposto, ou agente, serão punidos com prisão de dois meses a um ano, e multa correspondente.

§ único. O dinheiro e efeitos destinados ao jogo, os móveis da habitação, os instrumentos, objectos, e utensílios destinados ao serviço do jogo, serão apreendidos, e perdidos, metade a favor do Estado, e metade a favor dos apreensores.

---

dor), são impunes, à falta de lei que os proíba; no entanto, bem podem os governantes proibi-los, se constituírem grande perigo para a nação» (p. 202). As dúvidas formuladas nas *Institutiones* não se encontram reflectidas no projecto de código penal. Sobre Pascoal de Melo Freire, cfr. Maria Fernanda Palma, «Do sentido histórico do ensino do direito penal na Universidade portuguesa à actual questão metodológica», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9(3) 1999, pp. 351 ss; cfr. pp. 359 ss.

<sup>15</sup> Joaquim Pereira e Sousa, *Classes dos crimes*, 1803, p. 142. As secções precedentes tratam dos vadios, dos ciganos, dos mendigos, do luxo e do jogo.

Note-se a referência sintética a «dar tabolagem» de jogos de fortuna ou azar, sem mais explicações sobre o que seja. Por outro lado, surge uma indicação pormenorizada de diferentes formas possíveis de autoria do crime.

As disposições sobre crimes de jogo do Código Penal de 1852 foram mantidas de modo quase inalterado no Código Penal de 1886 (a que foi adicionada uma disposição sobre a venda de lotarias estrangeiras).

Desnecessário será dizer que os esforços de abolição do jogo sempre tiveram pouco efeito. É sabido que estas disposições foram em muitos casos ignoradas. A literatura de todas as épocas dá ampla conta do facto, de Gil Vicente<sup>16</sup> ao próprio Camões,<sup>17</sup> passando por Camilo Castelo Branco,<sup>18</sup> Ramalho Ortigão<sup>19</sup> ou Júlio Dantas.<sup>20</sup> A ilegalidade alastrou no final do século XIX, com base em «interpretações criativas» dos sucessivos Códigos Administrativos feitas a nível municipal (especialmente em estâncias balneares e termas), com as edilidades a autorizar a exploração de «clubs e casas de recreio»<sup>21</sup> e a receber as respectivas receitas (vulgo «taxa sobre casinos»)<sup>22</sup>. Em alguns casos, as câmaras ficaram quase na dependência dessas receitas,<sup>23</sup> que depois serviam de forma de pressão por parte dos empresários do jogo: «a sua suspensão causava sérios embaraços ao funcionamento normal da instituição municipal».<sup>24</sup>

É a partir dessa altura, ou seja, no final do século XIX e nos primeiros anos do século XX, quer na monarquia quer na primeira república, que se assiste ao lançamento de várias iniciativas legislativas com vista à legalização do jogo, num quadro de reconhecida impotência do Estado para suprimir o jogo.<sup>25</sup>

<sup>16</sup> No *Auto da Feira* (1526) menciona, pela boca do Diabo, que os baralhos de cartas com que os sacerdotes jogavam eram provenientes da Andaluzia. Cfr. Fernanda Frazão, *História das cartas de jogar em Portugal e da Real Fábrica de Cartas de Lisboa* (n. 11), p. 24.

<sup>17</sup> Fernanda Frazão, *História das cartas de jogar em Portugal e da Real Fábrica de Cartas de Lisboa* (n. 11), p. 31 (soneto inacabado; *Sátira do Torneio*).

<sup>18</sup> Camilo foi frequentador do casino da Póvoa. Cfr. Irene Vaquinhas, «Nome de código» (n. 5), p. 26 e n. 63.

<sup>19</sup> Ramalho Ortigão, *As praias de Portugal. Guia do banhista e do viajante*, 1876, p. 52 s (nas *Farpas* surgem igualmente referências ao jogo).

<sup>20</sup> «O pano verde», in Júlio Dantas, *Figuras de ontem e de hoje. Mulheres. Poetas*, 3.<sup>a</sup> ed, Lisboa: Editora Portugal-Brasil, 1920, pp. 117-123.

<sup>21</sup> Cfr. o art. 66.<sup>o</sup> do Código Administrativo de 1896. Para mais indicações sobre o ponto, cfr. Irene Vaquinhas, *Nome de código “33856”*, (n. 5), 66, nota 57.

<sup>22</sup> Irene Vaquinhas, *Nome de código “33856”*, (n. 5), p. 44.

<sup>23</sup> Num caso extremo, na Figueira da Foz a receita do jogo foi 91% da receita municipal no ano de 1912; Irene Vaquinhas, *Nome de código “33856”*, (n. 5), p. 45.

<sup>24</sup> Irene Vaquinhas, *Nome de código “33856”*, (n. 5), 45.

<sup>25</sup> Em pormenor sobre essas iniciativas, cfr. Irene Vaquinhas, *Nome de código “33856”*, (n. 5), pp. 49 ss.

#### 4. O sistema de concessões de 1927; a lei de 1929

Essas iniciativas só viriam a produzir resultados em 1927, ano em que a proibição absoluta da exploração de jogos de fortuna ou azar terminou, poucos meses antes de António de Oliveira Salazar assumir a pasta das finanças em Abril de 1928. A Ditadura Militar, forçada pelas circunstâncias económicas,<sup>26</sup> tomou a decisão de legalizar a exploração de jogos de fortuna ou azar em casino, através do famoso Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927 (a primeira «lei do jogo»).<sup>27</sup> Tal fez-se criando um sistema de concessões de exploração em várias «zonas de jogo» (umas permanentes e outras temporárias), uma forma diríamos de «regionalização *à la carte*», que, com a sua evolução, na prática criou monopólios regionais (através de «zonas de protecção concorrencial»).<sup>28</sup> A maior fatia dos impostos passou a ir para o Estado, e a menor para as câmaras municipais. Na sua feição inicial, o sistema de concessões apontou para a construção de infra-estruturas turísticas, nomeadamente hotéis tipo *Palace* (salvo no caso da Figueira da Foz, onde o casino já existia).

Num sistema em que os jogos de fortuna ou azar são autorizados, o objectivo do legislador deixa ser o combate a toda e qualquer oferta de jogo. Não se trata de impedir que os cidadãos joguem a dinheiro, mas sim de combater a exploração ilícita e canalizar a procura para o mercado lícito. Procura-se que o jogo só tenha lugar em contextos autorizados, regulados e supervisionados; ou seja: que se desenvolva apenas nos moldes e dentro do enquadramento definido pelo legislador.

O Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927 veio afastar a legislação civil e penal no âmbito das concessões:

---

<sup>26</sup> A crise financeira gravíssima teve muito a ver com a legalização do jogo. Portugal tinha tentado obter um empréstimo da Liga das Nações em 1927 e estava na bancarrota. O Ministro das Finanças, o General Sinel de Cordes (1897-1930), tinha encetado políticas desastrosas, o que resultou na sua queda e em críticas de Salazar. Por outro lado, Irene Vaquinhas indica que a legalização dos jogos de fortuna ou azar poderá ter sido uma forma de recolher apoios para o novo regime. Em geral, verifica-se que a legalização do jogo em muitos casos só avança quando há fortes crises ou agudas necessidades económicas. Em 1927 a crise aguçou o engenho, tal como tinha acontecido em Macau em 1847 e 1849, ou como sucedeu em Las Vegas em 1931, ou de novo em Portugal em 2015 em relação ao jogo *online*.

<sup>27</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 267, 3 de Dezembro de 1927, pp. 2277 ss.

<sup>28</sup> Note-se, no entanto, que o Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, admitiu a existência de concorrência nas zonas de jogo permanentes, o Estoril e o Funchal (art. 4.º, § único: «Nas zonas de jogo permanente poderá, se aparecerem concorrentes, haver duas concessões distintas, delimitando-se neste caso a área dentro da qual poderão ser construídos os respectivos casinos de jogo, hotéis, parques e tudo o mais que for imposto às empresas»).

## Artigo 63.º

Fica revogada a legislação em contrário e em especial os artigos 264.º a 269.º do Código Penal e artigos 1541.º e 1542.º do Código Civil nas zonas em que for autorizado o jogo de fortuna ou azar, nos termos do presente decreto (...).

Nesta sequência, uma semana mais tarde, o Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927,<sup>29</sup> veio aprovar uma nova norma penal:

Artigo 1.º Aqueles que em qualquer lugar fora das zonas e épocas a que alude o artigo 3.º e seus parágrafos do decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927, derem tavalagem de jogo de fortuna ou azar e os que forem encarregados da direcção do jogo, posto que não o exerçam habitualmente, e bem assim qualquer administrador, proposto ou agente, serão punidos com a pena de prisão maior temporária de dois a oito anos e multa nunca inferior a metade dos seus bens, com demissão de qualquer cargo público do Estado, corpos e corporações administrativas que porventura estiverem exercendo. [...]

Esta disposição continuou a falar de «tavalagem», em termos manifestamente decalcados do artigo 267.º dos códigos penais de 1852 e 1886; foi prevista uma pena muito mais grave. Nota-se o propósito de operar uma reforma minimalista no crime de exploração ilícita; adoptou-se uma lógica de regra/excepção.<sup>30</sup> A regra continua a ser a criminalização, sendo a excepção delimitada no tempo e no espaço, por referência ao regime administrativo.

Este Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927, vigorou só pouco mais de um ano. Foi revogado pelo Decreto n.º 16.416, de 25 de Janeiro de 1929,<sup>31</sup> que baixou bastante a pena aplicável: passou a ser de um ano de prisão correcional e multa até 10.000\$00 (e demissão se o agente fosse funcionário). Havendo reincidência, a pena passaria a ser de dois anos de prisão, com multa superior. No mais, a criminalização manteve-se idêntica. Foram acrescentadas uma série de medidas de combate ao jogo ilícito.

<sup>29</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 273, 10 de Dezembro de 1927, pp. 2331 ss.

<sup>30</sup> Que foi plasmada no art. 5.º do Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927: «Fora dos casinos de jogo das empresas a quem for concedido o monopólio da exploração, o exercício de qualquer modalidade de jogo de fortuna ou azar é absolutamente defeso, cabendo a sua repressão a toda e qualquer entidade policial do País e às próprias empresas com o exclusivo do jogo regulamentado (...)».

<sup>31</sup> Republicado in *Diário do Governo*, I, n.º 28, 4 de Fevereiro de 1929, p. 370 s (por ter saído inicialmente com inexactidões).



Desta forma, deixou de ser criminalizada a exploração do jogo em certas zonas e épocas determinadas de acordo com a regulamentação administrativa. O que significava nomeadamente que no caso das concessões temporárias (de 1 de Maio a 31 de Outubro<sup>32</sup>), seria crime a exploração fora da sazonalidade prevista.

### 5. A lei do jogo de 1958

Três décadas mais tarde, a segunda «lei do jogo», o Decreto-Lei n.º 41.562, de 18 de Janeiro de 1958,<sup>33</sup> incluiu a matéria penal, dando continuidade à incriminação da exploração ilícita. O tipo legal de crime foi reformado e aperfeiçoado em vários pontos.

#### Artigo 2.º

A prática de jogos de fortuna ou azar só é permitida nos casinos existentes nas zonas de jogo e nas épocas estabelecidas para o seu funcionamento.

#### Artigo 45.º

Aqueles que infringirem o disposto no artigo 2.º, quer explorando jogos de fortuna ou azar, quer neles exercendo a sua actividade, serão punidos com prisão correccional até seis meses e demissão dos seus cargos se forem funcionários do Estado ou dos corpos administrativos.

O crime passou a ser definido a partir da «exploração» de jogos de fortuna ou azar — que tomou o lugar da «tavolagem», uma noção que, desta forma, só em 1958 deixou de ser usada pela lei. A exploração ilícita, por remissão expressa para o artigo 2.º da mesma lei, seria toda a que não ocorresse «nos casinos existentes nas zonas de jogo e nas épocas estabelecidas para o seu funcionamento».

A intervenção na exploração a qualquer título foi referida de modo mais sintético e a pena prevista foi reduzida.

Entretanto, com a entrada em vigor do Código Civil de 1966, os termos da tripartição entre jogo autorizado (concessionado) vs jogo tolerado (gera obrigações naturais) vs jogo proibido (nulo) foram modificados: passou a ser admitida

<sup>32</sup> Art. 3.º, § 5.º do Decreto n.º 14.643, de 3 de Dezembro de 1927.

<sup>33</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 56, 18 de Março de 1958, pp. 155 ss.

a constituição de obrigações naturais também por meio de jogos de fortuna ou azar.<sup>34</sup>

O passo seguinte na evolução desta matéria é o artigo único do Decreto-Lei n.º 47.623, de 3 de Abril de 1967,<sup>35</sup> que alterou diversas disposições da lei do jogo de 1958, incluindo o artigo 45.º, a que aditou uma referência expressa à exploração de «máquinas automáticas de fichas»; a pena prevista foi elevada.

## 6. A lei do jogo de 1969

A terceira lei do jogo portuguesa, o Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969,<sup>36</sup> retomou a incriminação e a referência expressa a máquinas de jogo, em termos idênticos aos resultantes da alteração de 1967:

Art. 56.º Aqueles que infringirem o disposto no artigo 2.º, quer explorando jogos de fortuna ou azar, incluindo máquinas automáticas de fichas ou moedas, quer exercendo a sua actividade na respectiva exploração, serão punidos com prisão de seis meses a dois anos e demissão dos seus cargos se forem funcionários do Estado ou dos corpos administrativos.

O Capítulo VI (arts. 43.º a 46.º) desta lei regulamentou as «modalidades afins do jogo de fortuna ou azar, incluindo a aposta mútua».

Em 1985 foi feita uma alteração ao tipo legal de crime (pelo Decreto-Lei n.º 22/85, de 17 de Janeiro), cujo contexto é considerado adiante.<sup>37</sup>

## 7. A lei do jogo vigente, de 1989

A quarta lei do jogo, o Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, actualmente em vigor, manteve a incriminação da exploração ilícita do jogo nos moldes resultantes da alteração de 1985. A redacção, inalterada desde a sua entrada em vigor, é a seguinte:

<sup>34</sup> Dando mais um passo no movimento secular de maior tolerância do jogo, o Código Civil de 1966 finalmente admitiu que mesmo no âmbito dos jogos de fortuna ou azar se deve aplicar a regra da não repetição dos montantes pagos de modo voluntário (diferentemente do que tinha sido consignado no Código de Seabra, onde tal só poderia acontecer nos jogos de perícia). Sobre estes pontos, cfr. Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), p. 125.

O Código Civil de 1966 deixou assim de falar em jogos de fortuna ou azar, uma noção que passou a constar apenas dos âmbitos administrativo e penal.

<sup>35</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 79, 3 de Abril de 1967, pp. 703 ss.

<sup>36</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 65, 18 de Março de 1969, pp. 291 ss.

<sup>37</sup> Cfr. *infra*, n.º 16.

## Artigo 108.º

## Exploração ilícita de jogo

1 - Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 2 anos e multa até 200 dias.

2 - Será punido com a pena prevista no número anterior quem for encarregado da direcção do jogo, mesmo que não a exerça habitualmente, bem como os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora.

Nesta tipificação da exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar deixou de se fazer uma remissão expressa para as disposições iniciais da lei do jogo que delimitam a exploração lícita. Foi seguida uma técnica que consiste em delimitar a ilicitude da exploração por referência à dimensão espacial: «fora dos locais legalmente autorizados».

Em todo o caso, na vertente administrativa a técnica seguida é a mesma. As disposições iniciais da lei (os arts. 3.º e 4.º) referem as zonas de jogo e indicam os jogos de fortuna ou azar que podem ser praticados, onde se incluem nomeadamente os «*Jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte*».

Por outro lado, há condutas que são matéria de contra-ordenação. A necessária delimitação dos crimes em face das contra-ordenações deu origem a extensas controvérsias, a que faremos referência adiante.

### III. O bem jurídico protegido

A questão de saber qual é o bem jurídico protegido pelo crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar não é de resposta exactamente fácil ou linear. Numa primeira aproximação parece clara a realidade que se pretende evitar — justamente, a exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar —; mas já não é igualmente claro o que, desta forma, se pretende proteger. Coloca-se, logo à cabeça, a questão de saber se se trata de um bem jurídico individual ou de um bem jurídico colectivo.

Como se sabe, neste tipo de indagação trata-se também de investigar a existência de uma legitimação que passe o crivo do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição.<sup>38</sup>

Esta matéria tem sido pouco discutida em Portugal. Há a registar as posições de alguns autores, que têm referenciado bens jurídicos assaz diversos:

- a) Os bons costumes;
- b) A ordem pública;
- c) O interesse fiscal do Estado;
- d) O sistema de autorização regulamentada;
- e) O património.

## 8. Bons costumes

Como vimos, durante séculos os jogos de fortuna ou azar foram objecto de uma proibição absoluta. As razões dessa estigmatização oscilaram entre argumentos religiosos e morais. Excluída uma fundamentação puramente confessional, resta a alegação de que o jogo seria uma corrupção da «fibra moral» da sociedade. O jogo seria uma forma de ganhar dinheiro sem nada produzir e sem contribuir para o avanço da sociedade, logo moralmente errada porque contrária à ética do trabalho. Pelo que não deveria ser uma forma válida de adquirir.

Creemos que este tipo de discurso, de carga moral e ética muito forte, que comporta aliás diversas variantes, não deve ter lugar numa sociedade aberta e tolerante. Desde logo porque os jogos de fortuna ou azar foram legalizados há quase um século, em 1927. O que torna um tal raciocínio obsoleto, embora ainda existam nas leis vários resquícios desta linha de argumentação, nomeadamente no Código Civil<sup>39</sup> e na própria lei do jogo.<sup>40</sup> O ordenamento jurídico estadual

---

<sup>38</sup> Diga-se, em síntese, e como vem afirmando repetidamente o Tribunal Constitucional (neste caso, a propósito dos crimes contra animais de companhia), que «a premissa fundamental é que, em face do disposto no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, a criminalização de condutas pressupõe a protecção de bens jurídicos com dignidade constitucional»; Ac. TC n.º 867/2021 (10 de Novembro de 2021).

<sup>39</sup> O art. 1245.º do Código Civil de 1966 — tributário de concepções morais contrárias ao jogo — começa logo por afirmar que «o jogo e a aposta não são contratos válidos nem constituem fonte de obrigações civis». Esta afirmação é contrariada pelo regime que se segue, onde afinal se admite, embora de forma envergonhada, a constituição de obrigações civis, e igualmente de obrigações naturais (sendo estas, de resto, definidas com recurso à ideia da sua moralidade e justiça; art. 402.º CC). A afirmação inicial serve de posição de princípio muito clara. Refira-se que o art. 1171.º Código Civil de Macau alijou a carga moral na formulação do regime jurídico correspondente.

<sup>40</sup> O n.º 3 do art. 159.º LJ prevê a possibilidade de «qualquer modalidade afim do jogo de fortuna ou azar ou outras formas de jogo atin[gir] tal incremento público que ponha[...] em perigo os bons costumes».

admite a exploração de jogos de azar, que não é uma actividade imoral, mas sim uma forma de entretenimento, em muitos casos ligada ao turismo.

Assim, a criminalização da exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar não visa proteger os «bons costumes». Não está aqui em causa uma forma, implícita ou explícita, de tutelar a moral ou uma qualquer moralidade. Nunca assim poderia ser, desde logo por razões gerais: o direito penal de uma sociedade aberta, tolerante e democrática não tem como função tutelar a moral. Aplicam-se, com inteira pertinência, as considerações gerais que podem ser tecidas em redor de quaisquer fenómenos de neocriminalização.<sup>41</sup>

Creemos que a condenação moral do jogo faz um apelo implícito a um perfeccionismo absolutamente utópico. Num «mundo ideal» não existiria o jogo a dinheiro, nem o tabagismo, nem o consumo de bebidas alcoólicas, para mencionar apenas três tópicos. Porém, não é esse o mundo em que vivemos. Nem, de resto, é pensável uma vida normal sem distrações, escapes ou momentos lúdicos, como um encontro com a sorte ou o azar. Uma vida robótica, feita apenas de trabalho e de diversões ou ocupações de «alta cultura», acima de toda a crítica (como a música clássica, a pintura, a escultura, a filosofia ou a história), pode ser feita, mas provavelmente é muito rara. Os escapes e os pequenos prazeres, sejam ou não da «baixa cultura», fazem parte do quotidiano de todas as civilizações. Por isso, a legalização do jogo deve ser encarada de frente, como um fim em si, enquanto recuo de visões fechadas e imperativas sobre o bem e o mal. A legalização do jogo a dinheiro significa o reconhecimento e a regulamentação de um espaço de liberdade dos cidadãos.

## 9. A ordem pública

Afirma-se por vezes que a criminalização da exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar visa tutelar a ordem pública.<sup>42</sup> Era este o bem jurídico que resultava da sistemática dos códigos penais de 1852 e 1886.

Trata-se de uma ideia também com uma longa história, e muita proximidade à alegação dos bons costumes, mas descartando-se agora o «paradigma ético» e olhando sobretudo às consequências: o alegado potencial criminógeno da exploração ilícita do jogo. Na Idade Média, «[a] associação dos jogos a blasfémias,

<sup>41</sup> Sobre esta matéria, cfr., por todos, Jorge de Figueiredo Dias, *Direito penal. Parte geral*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 141, § 32: «puras violações morais não conformam como tais a lesão de um autêntico bem jurídico e não podem, por isso, integrar o conceito material de crime».

<sup>42</sup> Cfr., neste sentido, Carlos Alberto Baptista Correia, *Do jogo de fortuna ou azar. O actual paradigma na exploração ilícita*, dissertação de mestrado, Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2015, p. 52.

embriaguez, prostituição, luxúria, heresia, avareza, orgulho, usura, roubo, escândalos, violências e muitos outros comportamentos considerados vergonhosos, era também a tónica dos pronunciamentos e legislações eclesíásticas portuguesas». <sup>43</sup> A desordem social potencialmente causada pela exploração ilícita dos jogos de fortuna ou azar seria a razão de fundo da sua criminalização. <sup>44</sup> O argumento pode ser alargado com a questão do crime organizado, que poderá andar associado à exploração ilícita.

Cabe notar que esta linha de argumentação deixa de fora o jogador: não tem em conta qualquer objectivo de controlar os danos ligados a uma propensão excessiva ao jogo por parte do consumidor.

Por outro lado, ao assim discorrer parece assumir-se, de forma irrealista, que a exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar seria uma fonte de múltiplos e incontáveis riscos, ao passo que a exploração lícita dos mesmos jogos seria, *brevitatis causa*, um «paraíso». É, porém, evidente que o risco de criminalidade gerada pelo jogo descontrolado (a começar pelos furtos cometidos para obter meios para continuar a jogar), e de situações patológicas (dependência do jogo), e sobretudo de ruína financeira do jogador, é essencialmente o mesmo no jogo lícito e no jogo ilícito.

A invocação da ordem pública acaba por se revelar extremamente vaga ou genérica. Parece não ser muito mais do que o «prolongamento» do proibicionismo latente à invocação dos bons costumes, agora em orientação sociológica, secular e consequencialista.

## 10. O interesse fiscal do Estado

Num pólo diverso se situa a alegação de que o bem jurídico protegido por este crime seria o interesse fiscal do Estado, seja ou não a exploração do jogo um monopólio estadual. <sup>45</sup> Esta posição defende que se trata, na substância, de um crime fiscal.

<sup>43</sup> Flávio de Campos, «Jogos e a temática lúdica em Portugal ao final da Idade Média» (n. 9), n.º 58.

<sup>44</sup> É a posição mais consolidada em Itália, onde a matéria se encontra sistematizada no *codice penale* italiano de 1930 numa secção sobre «*Delle contravvenzioni concernenti la polizia dei costumi*», arts. 718 ss; cfr. Marco Andrea Manno, *Giochi, scommesse e responsabilità penale*, Milão: Giuffrè, 2008, p. 166.

<sup>45</sup> Assim, com referência à realidade da Região Administrativa Especial de Macau (RAEM), já se defendeu que o bem jurídico protegido no regime de jogo ilícito (ou seja, em todos os crimes de jogo), é «a tutela dos interesses económicos da RAEM, em particular, a preservação da integridade económica da RAEM»; Hugo Luz dos Santos, *Regime de jogo ilícito, anotado e comentado*, Lisboa: AAFDL, 2022, p. 81, 85. Trata-se de uma posição

É sabido que, desde a altura em que as primeiras concessões entraram em funcionamento em 1928, o Estado central deriva importantes receitas da exploração dos jogos de fortuna ou azar, nos termos hoje regulados no Capítulo VII da lei do jogo (bem como as regiões autónomas e algumas autarquias, mas em muito menor escala).<sup>46</sup> A exploração do jogo é uma actividade potencialmente muito lucrativa — e os níveis de tributação das concessionárias são altíssimos —, pelo que não espanta que esta perspectiva seja por vezes adoptada em sede penal, já que, como actividade *underground* que é, o jogo ilícito evidentemente não paga impostos.

Na nossa opinião, trata-se de uma posição extremamente redutora, que cabe rejeitar. Há muito mais, no direito do jogo, para além do interesse fiscal do Estado em arrecadar receitas. Este interesse de facto existe, mas não é suficiente, no plano normativo, para justificar a criminalização da exploração ilícita.

Em primeiro lugar, é de assinalar a desumanização que vai implícita nesta posição. Como temos vindo a defender, a autorização do jogo não deve ser encarada como um mero negócio entre o Estado (que procura cobrar o máximo de impostos) e as concessionárias (que procuram obter o máximo de lucros) — negócio em que o jogador não teria um papel, porque surgiria apenas como um objecto, ou seja, uma fonte de receitas, lucros e dividendos para a concessionária e seus accionistas, e de receitas fiscais para o Estado e para as autarquias.<sup>47</sup> Nesta visão, que rejeitamos, o jogador é visto como uma mera *cash cow*, uma fonte de «petróleo» que cabe «extrair» — e nenhum bem jurídico lhe é encabeçado.

---

que pretende identificar um único bem jurídico comum a todos os crimes de jogo, incluindo o crime de exploração ilícita.

<sup>46</sup> A receita bruta da exploração de jogos de fortuna ou azar é tributada em sede de imposto especial sobre o jogo (e não em sede de IRC, IVA ou imposto de selo). Existem, adicionalmente, as contrapartidas das concessões. Muitas dessas receitas são consignadas à promoção do turismo, através do Turismo de Portugal, entidade em que o SRIJ se integra; cfr., em pormenor, Tânia Meireles da Cunha, «A tributação dos jogos de fortuna ou azar de base territorial em Portugal», in Francisco Nicolau Domingos e Tathiane Piscitelli (coords.), *Direito tributário do turismo: um desafio do século XXI*, Lisboa: Rei dos Livros e São Paulo: Marcial Pons, 2021, 89 ss; cfr. pp. 96 ss; António Martins, «Casino taxation in Portugal: the Supreme Court and autonomous taxes», in *Gaming Law Review*, vol. 17(3), Abril de 2013, pp. 195 ss.

<sup>47</sup> Incluindo aqui a variante clássica deste argumento que consiste em afirmar que se pretende defender a economia local prevenindo a «fuga de capitais» dos jogadores para outras jurisdições, nomeadamente evitando a compra de lotarias estrangeiras ou as deslocações a casinos situados em jurisdições limítrofes.

Defendemos já, em escritos anteriores,<sup>48</sup> que a legalização do jogo não deve ser vista de modo redutor, e meramente utilitário, como sendo apenas um instrumento para a obtenção de receitas necessárias para prosseguir vários fins ou propósitos julgados importantes pelos decisores políticos, por muito nobres que sejam — nomeadamente fins assistenciais, desenvolvimentistas ou outros. Tal seria raciocinar com base na ideia de que os fins (nobres) justificam o recurso a meios porventura menos apropriados (a existência de uma indústria do jogo).<sup>49</sup>

Por fim, a tese de que o bem jurídico seria o interesse fiscal do Estado é incompatível com uma interpretação conforme ao direito da União Europeia — a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre jogo exclui expressamente uma compreensão puramente fiscal da sua regulação.<sup>50</sup> As restrições ao funcionamento do mercado dos jogos de fortuna ou azar são obstáculos à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços (arts. 49.º e 56.º TFUE). Em todo o caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem sido «generoso» ou benevolente no reconhecimento de razões de interesse público que permitem exceções. Porém, a receita obtida pelo Estado deve ser apenas uma «consequência benéfica acessória»,<sup>51</sup> e não a verdadeira justificação das restrições ao

<sup>48</sup> Jorge Godinho, «How to win a casino concession. A pragmatic look at the dynamics of gaming legalization within integrated resorts», in *Gaming Law Review*, vol. 24(4), 2020, pp. 255 ss; Jorge Godinho, «Regulação do jogo a dinheiro: jogos de fortuna ou azar, apostas e lotarias», in Carla Amado Gomes, Ricardo Pedro, Rute Saraiva e Fernanda Maçãs (coords.), *Garantia de direitos e regulação. Perspectivas de direito administrativo*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 1079 ss.

<sup>49</sup> Existem muitas tensões ou mesmo contradições em redor da questão fiscal no sector do jogo. Nomeadamente, haverá quem queira ver nos pesadíssimos impostos sobre o jogo a forma de «compensar» a «imoralidade» que seria a legalização do jogo pelo Estado.

<sup>50</sup> Não é este o local para refazer todo o percurso da elaboração jurisprudencial ocorrida. Existe uma literatura inabarcável sobre esta matéria. Cfr., p. ex., Nuno Piçarra, «A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em matéria de jogos de fortuna ou azar: tendências, tensões e paradoxos», in *Desporto & direito. Revista jurídica do desporto*, ano VIII, n.º 23, Jan-Abr 2011, pp. 165 ss; Marco Andrea Manno, *Giochi, scommesse e responsabilità penale* (n. 44), pp. 221 ss; Martin Lycka, «Recent developments in European Union gambling case law. Post *Santa Casa* decisions of the Court of Justice of the European Union», in *Gaming law review*, vol. 16(9), Set 2012, pp. 488 ss; Anastasios Kaburakis, «European Union law, gambling, and sport betting. European Court of Justice jurisprudence, Member States case law, and policy», in Paul Anderson et al., *Sports betting: law and policy*, Haia: Asser Press, 2012, pp. 27 ss; Armin Cuyvers e Stefaan Van den Bogaert, «“Money for nothing”: The case law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling», in *Common market law review*, vol. 48(4), 2011, pp. 1175 ss.

<sup>51</sup> Um «efeito secundário agradável», nas palavras de Christoph Krehl e René Börner, «Vor §§ 284 ff», in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, vol. 16, 13.ª ed., Berlin: de Gruyter, 2023, nm. 8d, p. 20 s (doravante: LK-Krehl/Börner); cfr. Andreas Mosbacher, «Die Strafbarkeit von Glücksspiel, insbesondere der Sportwetten, unter Berücksichtigung des Europarechts», in Ihno Gebhardt e Stefan Korte (eds.), *Glücksspiel. Ökonomie, Recht, Sucht*, Berlin: De Gruyter, 2018, pp. 351 ss; cfr. p. 354.



mercado de jogo, como foi afirmado no caso *Gambelli*.<sup>52</sup> Neste sentido, a defesa do interesse fiscal do Estado como legitimação do art. 108.º da lei do jogo, que chegou a ser feita em 2002 pelo Tribunal Constitucional em termos relativamente desenvolvidos,<sup>53</sup> deve considerar-se como superada pela evolução subsequente.

### 11. O sistema de autorização regulamentada

Vejamos agora a afirmação de que o bem jurídico protegido pelos crime de exploração ilícita de jogo é directamente o sistema de autorização regulamentada. É uma tese defendida, em Portugal, por Conde Fernandes:<sup>54</sup>

Directamente, a incriminação visa garantir e reforçar o próprio “sistema de autorização regulamentada”; ou, por outro prisma, protege o monopólio estatal da exploração dos jogos de fortuna ou azar (...) (p. 352)

(...) confirma-se que a opção pela incriminação visa salvaguardar e reforçar o “sistema de autorização regulamentada”, dirigido funcionalmente a proteger: A confiança dos jogadores e a prevenção da fraude, logo, a ordem pública, a segurança e o património; As pessoas mais desprotegidas, combatendo o jogo por menores e incapazes; O lucro legitimado pela repartição social, combatendo os lucros individuais ilegítimos; O património individual e os interesses sociais, protegendo a regulação do jogo para combater os seus efeitos nocivos às pessoas, na família e no trabalho, pelo incitamento à despesa e ao endividamento; Os interesses económicos da sociedade, pelo desenvolvimento do turismo e dos bens culturais; Os interesses tributários do Estado, pela recolha de receita fiscal que possa beneficiar toda a comunidade, satisfazendo as suas necessidades colectivas (p. 354)

<sup>52</sup> Ac. TJUE de 6 de Novembro de 2003, caso C-243/01, *Gambelli*, ponto 62: «(...) as restrições [aos jogos de fortuna ou azar] devem, em todo o caso, corresponder à vontade de reduzir verdadeiramente as ocasiões de jogo e o financiamento de actividades sociais através de uma imposição sobre as receitas provenientes dos jogos autorizados deve constituir apenas uma consequência benéfica acessória e não a justificação real da política restritiva adoptada».

<sup>53</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/2002, de 27 de Fevereiro (Luís Nunes de Almeida) (processo n.º 482/2001). Embora ocorram também outros tópicos, numa fundamentação ao mesmo tempo ampla e confusa, que convoca argumentos de variados quadrantes.

<sup>54</sup> Plácido Conde Fernandes, «Comentário aos artigos 108.º ss do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro», in Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (orgs.), *Comentário das leis penais extravagantes*, vol. 2, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2011, pp. 349 ss; cfr. pp. 352-354 e 355.

À primeira vista, dir-se-ia que o sistema de condicionamento administrativo da exploração do jogo tem um valor em si próprio. Com efeito, o crime não consiste na exploração de jogos de fortuna ou azar *tout court* — mas sim na exploração ilícita, não autorizada, em violação do sistema instituído.

Creemos que a ideia de que o bem jurídico é o «sistema de autorização regulamentada» é insuficiente e não pode por si só legitimar a incriminação, visto que o essencial fica por explicar. O bem jurídico protegido por normas penais não pode ser apenas um propósito de ordenação administrativa, ou seja, não pode ser a regulação enquanto tal, seja do jogo ou de qualquer actividade. Na síntese de Figueiredo Dias, «objecto de criminalização não deve ainda constituir (...) a violação de valores de mera ordenação, subordinados a uma certa política estatal e por isso de entono claramente jurídico-administrativo».<sup>55</sup>

A vontade estadual de regular uma actividade não é um bem jurídico; tal poderá justificar a criação de contra-ordenações, mas não de um crime. Se assim não fosse, qualquer área sujeita a condicionamentos administrativos se poderia reconduzir a uma tal ideia genérica.

A existência de um sistema administrativo «fechado» (que exige concessões ou licenças) não implica necessariamente, como «cúpula», a existência de normas penais. Não basta constatar a existência de condicionamentos administrativos e, no plano empírico, de efeitos criminógenos ou danosos potencialmente associados ao jogo ilícito. É preciso algo mais.<sup>56</sup> O controlo estadual do jogo não pode ser um fim em si mesmo,<sup>57</sup> em que a ilicitude da conduta é, de modo auto-referencial, apenas a desobediência ao sistema administrativo instituído. Cabe

<sup>55</sup> Cfr. Jorge de Figueiredo Dias: *Direito penal. Parte geral*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed. (n. 41), p. 143, § 34 (itálicos são negritos no original); no mesmo sentido, na doutrina alemã, Iryna Burd, *Die Legitimität der §§ 284, 285 StGB*, Berlim: Duncker & Humblot, 2022, p. 27 (analisando o § 284 do StGB, equivalente ao art. 108.º da lei do jogo portuguesa).

<sup>56</sup> Assim, por exemplo, no sistema bancário, onde se exige uma licença para operar uma instituição financeira, não se trata apenas de proteger o sistema regulatório e de supervisão quando se criminaliza a recepção não autorizada de depósitos (art. 200.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro). Ou, noutro exemplo, na circulação rodoviária, onde se exige a carta de condução, com a criminalização da condução sem habilitação não se trata apenas de proteger esse sistema administrativo instituído (art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro). Cfr. António Tolda Pinto, «Comentário ao art. 3.º do Decreto-Lei n.º 2/98, de 3 de Janeiro», in Paulo Pinto de Albuquerque e José Branco (orgs.), *Comentário das leis penais extravagantes*, vol. 1, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, p. 409, defendendo que o bem jurídico é a «segurança das pessoas e coisas que circulam na via pública»; parece muito menos convincente a invocação da «regularidade do trânsito e a observância das regras que o disciplinam».

<sup>57</sup> Iryna Burd, *Die Legitimität der §§ 284, 285 StGB* (n. 55), p. 27.

apurar as razões de fundo que fundamentam a existência de barreiras administrativas.

## 12. O património

O jogador deve estar no centro do direito do jogo. Não o Estado. O bem jurídico protegido pelo crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar só pode ser, na sua raiz, um bem jurídico individual.

Na actualidade, a extensa regulamentação existente em redor da exploração lícita dos jogos de fortuna ou azar guia-se pelo princípio de permitir o jogo, como espaço de liberdade que deve existir, procurando-se ao mesmo tempo desencorajar um consumo excessivo (*permit, but discourage excessive consumption*).<sup>58</sup> Trata-se de um objectivo tendencial ou programático, que — no jogo como no tabagismo ou no consumo de álcool — em muitos casos não se consegue alcançar, como se sabe. A ruína financeira pode sempre ocorrer. Em todo o caso, o sistema regulatório procura, por vários meios, promover a moderação e, assim, proteger o património do jogador. Ao desenvolver estes esforços o Estado cumpre uma obrigação de meios, não uma obrigação de resultado.

Uma exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar é, tal como um casino lícito, um espaço ou local onde os jogadores ou frequentadores se deslocam para jogar: para arriscar património e tentar ganhar, mas eventualmente perder. É disto que tratam os contratos de jogo. O essencial do bem jurídico está relacionado com o património do jogador. Uma vez excluídas considerações puramente valorativas sobre a «moralidade» do jogo, o problema colocado pelo jogo, e, em especial, pelo jogo descontrolado ou patológico, tem a ver com as consequências possivelmente nefastas da sua prática. Trata-se, evidentemente, da possibilidade de dissipar património<sup>59</sup> — que pode ser muito, bem como pode ser assaz rápida a sua dissipação. O jogo a dinheiro é uma forma lícita de entretenimento que comporta um risco significativo de empobrecimento rápido. Tal como o consumo de álcool ou o tabagismo, que têm o potencial de destruir a saúde ou mesmo a vida, o jogo de fortuna ou azar pode causar danos irremediáveis ao património. Daí que a sua oferta se deva rodear de particulares cautelas.

O jogo ilícito, como é evidente, não é regulamentado nem supervisionado. Na exploração de jogo ilícito não se aplica a lei do jogo, nem os regulamentos

---

<sup>58</sup> Cfr. a obra fundamental de William A. Bogart, *Permit but discourage. Regulating excessive consumption*, Nova Iorque NY: Oxford University Press, 2010.

<sup>59</sup> Tal como, no tabagismo excessivo, consiste na possibilidade de danificar irreversivelmente a saúde, a começar pelos pulmões; ou, no consumo descontrolado de álcool, na possibilidade de danificar irreversivelmente a saúde, a começar pelo fígado.

emitidos pelo SRIJ, nem existem inspectores de jogo em permanência nas instalações. As cartas, os dados, as roletas, e outros instrumentos de jogo, não observam necessariamente os padrões regulatórios vigentes. A programação das máquinas de jogo não foi certificada por uma entidade independente. Não há meios de recurso ou resolução de conflitos, nem livro de reclamações. O que significa que o jogo ilícito coloca um perigo abstracto de consumo excessivo e de impacto negativo, que pode ser rápido e significativo, sobre o património do jogador.

Como se sabe, um empobrecimento mais ou menos súbito pode gerar uma vasta gama de consequências negativas. No já citado Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/2002<sup>60</sup> elencam-se várias: «acréscimo de burlas, usuras e fraudes, bem como de litígios e violências, facilitando o alastramento do crime organizado; significativa perturbação da vida familiar dos jogadores, com repercussão na capacidade de manutenção e educação dos filhos; ou, ainda, possibilidade de incidência negativa no domínio das relações laborais ou económicas dos jogadores». Como vimos, Conde Fernandes faz um elenco ainda mais extenso.<sup>61</sup> Não se trata aqui de bens jurídicos directamente protegidos pelo crime de exploração ilícita, mas sim de consequências possíveis, no plano empírico, da sua prática. O empobrecimento do jogador tem um potencial criminógeno.

Em conclusão, o bem jurídico com dignidade constitucional que fundamenta, nos termos do artigo 18.º, n.º 2, da CRP, a criminalização do jogo a dinheiro não autorizado, é o património do jogador.

Procura-se, desta forma, que o jogo seja «canalizado» para a oferta lícita, onde não há obviamente uma garantia de que o jogador irá ganhar — pelo contrário, a base matemática em que a exploração assenta significa que, em princípio, irá perder — mas há uma garantia, por meio de supervisão e regulação pelo Estado, de que o jogo é oferecido de maneira honesta e bem enquadrada.

Neste sentido, a tutela «perfeita» do património seria a abolição do jogo — o que, porém, não funciona, como foi demonstrado pela história, já que o abolicionismo só gera mais criminalidade. Assim, a tutela do património é algo «fraca», mas é, em termos realistas, a possível. O direito do jogo faz-se deste equilíbrio muito pragmático entre o que é desejável, o que funciona, e a liberdade que se deve dar aos cidadãos; o mesmo se passa no que diz respeito ao tabagismo ou ao consumo de álcool.

---

<sup>60</sup> Cfr. *supra*, n. 53.

<sup>61</sup> Cfr. *supra*, n. 54 e texto correspondente.

#### IV. Elementos objectivos

O crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar, previsto no artigo 108.º LJ — com a formulação «*Quem, por qualquer forma, fizer a exploração de jogos de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados (...)*» —, comporta vários elementos objectivos e subjectivos.

Para que o crime seja consumado, não tem de haver qualquer lesão ou perigo de lesão do património do jogador. Como vimos, este tipo legal de crime legitima-se com o perigo abstracto de o jogador perder património, mas o perigo não é elemento do tipo, pelo que não tem de ser apurado. Aliás, o crime existe mesmo que o jogador tenha ganho, o que pode perfeitamente acontecer.<sup>62</sup> Trata-se, assim de um crime de perigo abstracto.<sup>63</sup> Por outro lado, é um crime de mera actividade, que não coloca questões de causalidade e imputação objectiva.

Após uma referência à autoria, e tal como indicámos no início, a ordenação lógica da análise a empreender impõe começar por saber o que se deve entender por «jogo» em geral e «jogos de fortuna ou azar» em particular, visto que se trata da realidade substantiva de fundo. Passar-se-á de seguida à questão de saber o que é a sua «exploração», que será ilícita se ocorrer «fora dos locais legalmente autorizados».

#### 13. O autor do crime

Quanto ao autor, nada há de especial a assinalar. Trata-se de um crime comum, ou seja, a exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar pode ser cometida por qualquer pessoa singular.

A situação mais simples será talvez a exploração ilícita de máquinas de jogo. Já noutras situações o crime será em muitos casos cometido por vários agentes, com divisão de tarefas, nomeadamente se se tratar de operar jogos tradicionais, com utilização de fichas de jogo e o emprego de um *croupier*.

A possível divisão de tarefas foi sempre acautelada na tipificação, que incluiu fórmulas amplas, destinadas a abranger qualquer exercício de funções no âmbi-

---

<sup>62</sup> Os operadores *underground*, por não terem de pagar impostos, podem em teoria oferecer melhores probabilidades, ou seja, podem propiciar ao jogador um «produto superior». No âmbito das apostas desportivas é bem sabido que os operadores ilegais oferecem melhores *odds*, o que gera um forte incentivo à procura do mercado ilegal.

<sup>63</sup> Neste sentido, Plácido Conde Fernandes, «Comentário aos artigos 108.º ss do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro» (n. 54), p. 373. Vai no mesmo sentido a larga maioria da doutrina alemã perante o § 284 do StGB; cfr. Iryna Burd, *Die Legitimität der §§ 284, 285 StGB* (n. 55), p. 156; LK-Krehl/Börner (n. 51), p. 29.

to da exploração ilícita. Assim, em 1927 a lei referiu-se a «qualquer administrador, proposto ou agente». Em 1958 a questão foi abordada através da referência a «quer neles exercendo a sua actividade» e em 1969 com a fórmula «quer exercendo a sua actividade na respectiva exploração».

Na actualidade, a diversidade de funções é mencionada, em separado, no n.º 2 do art. 108.º: «Será punido com a pena prevista no número anterior quem for encarregado da direcção do jogo, mesmo que não a exerça habitualmente, bem como os administradores, directores, gerentes, empregados e agentes da entidade exploradora».

Trata-se de uma clarificação que visa excluir dúvidas sobre a punibilidade de agentes que, não sendo os titulares da empresa ilícita, nela em qualquer caso colaboram ou exercem funções, organizando a oferta de jogo.

A responsabilidade penal das pessoas colectivas pela prática deste crime não está prevista na lei.<sup>64</sup>

#### 14. Jogo vs outras realidades

Passamos agora a analisar a questão de saber o que se deve entender por «jogo». O direito penal do jogo é um aspecto do direito do jogo, em cuja base estão contratos de jogo. O ponto de arranque para a compreensão do conceito de jogo de fortuna ou azar é o direito privado, a que acrescem dados fornecidos pelo direito administrativo.

Os jogos de fortuna ou azar são um subtipo de jogo. Assim, antes de se perguntar pela espécie há que perguntar pelo género: para que se possa afirmar que existe um jogo de fortuna ou azar tem antes de mais que se saber se existe jogo. O que se faz apurando se foi celebrado um contrato de jogo; refira-se que o facto de os contratos de jogo celebrados no âmbito de uma exploração ilícita serem nulos — por contrariedade a normas imperativas da lei que visam precisamente invalidar este tipo de transacções —, não nos deve levar a concluir pela irrelevância da análise e qualificação do acordo das partes. Há assim que começar por recorrer aos dados do direito privado.

Os contratos de jogo são contratos patrimoniais, nominados, onerosos e sinalagmáticos. Em particular, são contratos aleatórios, ou seja, baseiam-se numa chance. Do seu desfecho resulta normalmente que o património que uma parte ganha é o que a outra parte perde. São contratos que criam de modo autónomo

---

<sup>64</sup> Diferentemente do que acontece no crime de exploração ilícita de jogos e apostas *online* (art. 53.º da LJO).

incertezas patrimoniais, com uma função económico-social lúdica ou de entretenimento.<sup>65</sup>

Tivemos já ocasião de identificar os três elementos essenciais — ou seja, os elementos *sine qua non* — dos contratos de jogo:<sup>66</sup>

- a) *aposta*: o património que as partes arriscam perder no jogo, em troca da chance de ganhar;
- b) *álea*: a incerteza de natureza lúdica, que pode ser de vários tipos e depender mais ou menos da sorte; e
- c) *prémio*: o património que deve receber a parte que ganhar o jogo.

A aposta e o prémio são elementos essenciais de cariz económico: correspondem ao *input* conhecido e ao *output* desconhecido dos contratos de jogo no prisma financeiro ou patrimonial, como esquemas de processamento e redistribuição de património.<sup>67</sup>

Assim, se não houver uma aposta, ou seja, se não for arriscado património — noutros termos: se no negócio em causa uma parte nada pode perder, mas pode ganhar —, não estaremos perante um contrato de jogo, e, como tal, a conduta não será típica no âmbito do artigo 108.º da lei do jogo. Se não há aposta a conduta nem sequer se inclui no âmbito do jogo a dinheiro: tratar-se-á de uma realidade contratual distinta, eventualmente uma doação por meio de processos aleatórios, um concurso ou uma prestação de serviços a título gratuito.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), 136 ss.

<sup>66</sup> Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), 154 ss.

<sup>67</sup> Num plano dinâmico, os contratos de jogo procedem à criação, desenvolvimento e desfecho de uma álea de índole lúdica. Na prática, a operação do jogo em certos casos conclui-se em poucos segundos; noutros é mais lenta.

<sup>68</sup> Não tem razão Rui Pinto Duarte, («O jogo e o direito», in *Themis. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano II, n.º 3, 2001, pp. 69 ss), ao sugerir que o tipo legal de crime do art. 108.º pode abranger realidades em que não há uma aposta (e que por isso, dizemos nós, nem sequer consubstanciam contratos de jogo). Escreve o Autor: «à noção legal de jogo de fortuna ou azar não é, aparentemente, co-essencial a aposta em dinheiro, nem sequer o dispêndio de dinheiro» (p. 82); mais adiante afirma que «as normas incriminadoras estão escritas com tal descuido que é possível fazer entrar nelas as mais inocentes actividades, nomeadamente o jogo que não envolve apostas a dinheiro» (p. 91). E conclui dizendo que «discordo [...] de que no regime restritivo do jogo sejam incluídos jogos em que não há apostas a dinheiro» (p. 92). Trata-se evidentemente de uma questão que se resolve conjugando os elementos que resultam do direito administrativo com a base contratual (como indicámos no início deste estudo) e não olhando isoladamente cada um dos aspectos (contratual, administrativo, penal) em que o direito do jogo se estratifica, como se fossem ilhas sem comunicação entre si.

Da mesma forma, se não houver a chance de ganhar um qualquer prémio — noutros termos: se o jogador não pode ter um acréscimo patrimonial —, não estaremos perante um contrato de jogo, e como tal a conduta não será típica porque, uma vez mais, não estaremos sequer no âmbito do jogo a dinheiro — mas sim no âmbito de uma realidade contratual distinta, que poderá ser designadamente uma prestação de serviços.

No que diz respeito à álea, trata-se nos contratos de jogo de uma incerteza de natureza especificamente lúdica, um sistema finito, definido de acordo com as regras adoptadas pelas partes, cuja operação define o destino do prémio ou prémios.<sup>69</sup> A álea pode depender de sorteios, de instrumentos de jogo como dados ou baralhos de cartas, de programação informática (função aleatória: *random number generator*) ou de eventos externos.

Assim, para que exista exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar tem antes de mais de se poder afirmar que a conduta consiste numa prática em que se podem reconhecer os três elementos essenciais (estruturais) que caracterizam todo o jogo a dinheiro: aposta, álea lúdica e prémio, que devem desempenhar uma função lúdica.<sup>70</sup> Só após esta determinação se poderá dar o passo seguinte: discutir de que espécie de jogo se trata.

## 15. Os jogos de fortuna ou azar

Temos defendido uma tripartição fundamental das tipologias de jogo em sentido amplo. É possível operar uma divisão do jogo *lato sensu* entre jogos *stricto sensu*, apostas e lotarias. Em termos históricos, esta tripartição resulta das duas categorias romanas — jogo (*alea*) e aposta (*sponsio*) — a que se juntou, séculos mais tarde, a lotaria. Cremos que não é possível divisar no domínio dos contratos de jogo um tipo central, o género de que as três formas de jogo seriam as espécies. Os jogos não se reconduzem às apostas ou vice-versa, nem as lotarias são apostas. Estamos perante três realidades paralelas; todas elas são contratos de jogo, mas não se confundem nem se hierarquizam.

Podemos adiantar uma noção de contrato de jogo (em sentido restrito):<sup>71</sup>

<sup>69</sup> A «perturbação» da álea, ou seja, a conduta que consiste em «assegurar a sorte» (vulgo «batota»), está na base dos crimes de fraude ao jogo, que não são objecto do presente estudo: cfr. o art. 113.º da LJ (jogo fraudulento), e o art. 50.º da LJO (fraude nos jogos e apostas online).

<sup>70</sup> Não é o que se passa com certos contratos do mundo financeiro, como os *swaps*, que embora possam ter uma estrutura aleatória, não têm uma função lúdica. Sobre o ponto, em pormenor, cfr. Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), 162 ss.

<sup>71</sup> Noção avançada em Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), 182.



O contrato de jogo é aquele pelo qual duas ou mais partes (jogadores) apostam património numa actividade física ou intelectual finita, de índole lúdica, em que participam, em que são usados instrumentos de jogo, que se rege por regras convencionadas, de cujo desfecho, à partida desconhecido, se pretende que resulte um acréscimo patrimonial para quem ganhar e um decréscimo patrimonial para quem perder – salvo no caso de empate, se as regras o admitirem.

Nesta perspectiva, sobre o fundo comum de uma noção de jogo como um dos três tipos fundamentais dos contratos de jogo *lato sensu*, abre-se a clássica distinção entre jogos de perícia e jogos de fortuna ou azar. Ou seja, uma vez qualificado um contrato como sendo um contrato de jogo *stricto sensu*, isto é, uma vez apurado que não se trata de um contrato de aposta ou de um contrato de lotaria, surge de seguida, de modo necessário, a questão de saber se é um jogo de fortuna ou azar ou um jogo de perícia – uma distinção fundamental a vários títulos, designadamente nos domínios administrativo e penal.

A lei do jogo actual dispõe: «Jogos de fortuna ou azar são aqueles cujo resultado é contingente por assentar exclusiva ou fundamentalmente na sorte» (art. 1.º). Os outros são jogos de perícia.

A noção legal de jogo de fortuna ou azar é, no fundo, circular ou tautológica. É óbvio que um jogo de fortuna ou azar depende sobretudo da sorte; é igualmente evidente que um jogo de perícia não depende sobretudo da sorte. O legislador, a um nível geral, não poderia fornecer mais elementos — a questão é da especialidade, onde se deverá analisar cada jogo em concreto, apurando em que se baseia e como se desenvolve a álea. A classificação faz-se de acordo com o peso preponderante no binómio sorte/perícia: o carácter mais ou menos imprevisível, incontrolável ou aleatório do resultado, a discutir e apurar em cada caso concreto, cabendo, se necessário, estudar a matemática subjacente ao jogo em causa. Como se sabe, há todo o tipo de gradações: jogos puros de fortuna ou azar, jogos mistos e jogos de pura perícia, destreza ou conhecimento.<sup>72</sup>

Refira-se por outro lado que a distinção entre jogos de fortuna ou azar e jogos de perícia é uma questão objectiva: diz respeito ao jogo e não aos jogadores; não se trata evidentemente de saber se há equilíbrio entre os jogadores ou se um jogador é melhor ou muito melhor do que outro.<sup>73</sup> As normas administrativas

<sup>72</sup> Para mais desenvolvimentos sobre esta distinção fundamental, cfr. Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), pp. 183 ss.

<sup>73</sup> Não tem razão Rui Pinto Duarte quando afirma: «esta definição [legal de jogo de fortuna ou azar] é muito ampla e pouco precisa: sempre que os intervenientes num jogo têm níveis de perícia semelhantes, o jogo assenta fundamentalmente na sorte. O saldo de uma

têm aqui um papel a desempenhar, embora não decisivo, já que a lei do jogo qualifica expressamente certos jogos como jogos de fortuna ou azar. O artigo 4.º da lei do jogo (sob a epígrafe «Tipos de jogos de fortuna ou azar») refere-se a duas categorias fundamentais. A primeira respeita aos chamados «jogos tradicionais» ou «jogos de mesa» (*table games*), operados nos casinos com fichas de jogo e *croupier*. Nem todos se praticam na actualidade. A lei refere-se aos seguintes jogos:

- a) Bacará (que comporta as seguintes variantes: ponto e banca; de banca limitada; *chemin de fer*; de banca aberta);
- b) Banca Francesa;
- c) Boule;
- d) Cussec;
- e) Écarté;
- f) Roleta (nas variantes americana e francesa);
- g) Blackjack (ou «Vinte e Um»);
- h) Chukluck;
- i) Trinta e Quarenta;
- j) Craps;
- k) Keno;
- l) Bingo (cfr. o art. 47.º do Decreto-Lei n.º 31/2011, de 4 de Março, que remete para a lei do jogo as questões de «ilícitos e sanções criminais»).

Pelo que, evidentemente, a Roleta, o Bacará, a Banca Francesa, e vários outros jogos, devem ser considerados como jogos de fortuna ou azar nos planos contratual, administrativo e penal. O mesmo se passa com as máquinas de jogo, as *slot machines*, que a lei do jogo descreve como «jogos em máquinas pagando directamente prémios em fichas ou moedas». Este é o conteúdo «clássico» dos jogos de fortuna ou azar praticados nos casinos.

A noção penal de jogos de fortuna ou azar não tem de acompanhar a par e passo a noção administrativa. A proibição penal não se restringe aos concretos jogos tipificados e explorados no âmbito da indústria lícita, nem aos exactos modos de operar esses jogos nos casinos (nomeadamente quanto aos métodos de processamento das apostas e dos pagamentos). A criminalização pode incluir jogos de fortuna ou azar completamente novos ou desconhecidos — desde que efectivamente sejam jogos de fortuna ou azar, o que cabe analisar no caso concreto

---

noite de *poker* entre jogadores com níveis de perícia altamente desnivelados não é aleatório — ganha sempre o mais capaz. O saldo de uma tarde de ténis ou pingue-pongue entre jogadores nivelados é aleatório. Donde se poderá retirar que o *poker*, por vezes, não é um jogo de fortuna ou azar e o pingue-pongue, por vezes, o é...»; cfr. «O jogo e o direito» (n. 68), p. 80.

com base na matemática do jogo. O essencial é que estejam presentes os elementos que permitam afirmar que se trata de um jogo em geral, e de um jogo de fortuna ou azar em particular. Sirva de exemplo um caso decidido pelo Tribunal da Relação de Guimarães,<sup>74</sup> em que, em resumo, foi considerado provado que foram encontrados seis jogadores num estabelecimento, em duas mesas separadas, a jogar o jogo da «Lerpa» a dinheiro.

1) O arguido António S... é o proprietário e o explorador do estabelecimento denominado “Tasca Z...”, sito na Rua C..., nesta comarca de Guimarães.

2) No dia 21 de Fevereiro de 2009, cerca das 18:30 horas, no referido estabelecimento comercial, encontravam-se, numa mesa situada no lado esquerdo em relação à porta de entrada, os arguidos Manuel F..., Lino P... e Manuel S... e, numa mesa situada no lado direito em relação à porta de entrada, os arguidos Silvano S..., Joaquim L... e Joaquim O... a jogar o jogo de cartas denominado “Lerpa” a dinheiro.

A primeira instância condenou o dono do café pela prática do crime previsto no artigo 108.º da lei do jogo: exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar; e condenou os seis jogadores pela prática do crime previsto no art. 110.º da lei do jogo (prática ilícita de jogo, a que nos vamos referir adiante). Em relação ao arguido António S., titular do estabelecimento, a convicção do tribunal formou-se com base, desde logo, no seguinte:

As declarações do arguido António S..., o qual, no essencial, e na sua objectividade, confirmou a realidade os factos descritos na acusação, tendo, entre o mais, assumido que na data em causa (21/02/2009) era quem explorava o estabelecimento “Tasca Z...”, que na altura lá se encontravam a jogar o jogo da “Lerpa” os restantes arguidos, que foi quem lhes disponibilizou os baralhos de cartas com que estavam a jogar, que viu moedas em cima das mesas onde estavam a jogar, que o jogo da “Lerpa” é um jogo de “pura sorte” e que não tinha qualquer licença ou autorização para permitir o jogo da “Lerpa” no seu estabelecimento.

Os arguidos foram todos absolvidos na segunda instância, com base em que o jogo em causa (a “Lerpa”, cujas regras são descritas em pormenor no acórdão) é

---

<sup>74</sup> Ac. Tribunal da Relação de Guimarães de 3 de Dezembro de 2012 (João Lee Ferreira) (pr. 208/09.3GBGMR).

um jogo de fortuna ou azar que não é reservado aos casinos.<sup>75</sup> Adiante veremos que os arguidos deveriam ter sido de facto todos absolvidos, mas por uma razão completamente diversa.

A finalizar, refira-se que a exploração ilícita de *apostas* ou de *lotarias* é obviamente atípica em face do artigo 108.º da lei do jogo: como referimos, são tipologias de jogo completamente distintas.<sup>76</sup> As coisas são parcialmente diferentes no tipo de crime de exploração ilícita de jogo *online*, que se refere expressamente à exploração «de jogos e apostas *online*» (art. 49.º do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de Abril).

## 16. Máquinas que não pagam prémios directamente

Cabe agora fazer um excuro que nos irá levar nomeadamente à fronteira entre os jogos de fortuna ou azar e as diversões. A questão surge a propósito da al.ª g) do n.º 1 do artigo 4.º da lei do jogo, onde o legislador se refere a uma categoria adicional de jogos em máquinas, que são reservados aos casinos:

- g) Jogos em máquinas que, não pagando directamente prémios em fichas ou moedas, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.

---

<sup>75</sup> «O jogo destes autos, denominado “de lerpa”, apesar de ser um jogo “aleatório”, não é obviamente um jogo que se desenvolva em máquinas, nem é um dos jogos descritos numa das alíneas a) a e) do n.º 1 do artigo 4.º da Lei do Jogo. Assim, a exploração do jogo da lerpa não se encontra reservada ou restringida por lei aos casinos e o comportamento de quem explora ou intervém no jogo da lerpa não constitui, respectivamente, o crime do artigo 108.º ou o crime do artigo 110.º, ambos do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro. Também inexistente responsabilidade de natureza contra-ordenacional (artigos 159.º a 163.º do citado Decreto-Lei n.º 422/89). Uma vez que a conduta de cada um dos arguidos recorrentes não preenche o tipo objectivo do crime em que foram condenados, impõe-se a procedência do recurso com a consequente revogação da sentença, assim ficando prejudicada a apreciação das restantes questões que tinham sido suscitadas». Discordamos da decisão quanto a este ponto: trata-se aqui de uma visão extremamente restritiva do conceito de jogo de fortuna ou azar, que indevidamente quer fazer coincidir a 100% o conceito penal com o conceito administrativo.

<sup>76</sup> No caso das apostas não tem qualquer interesse discutir se dependem sobretudo da sorte ou da perícia (no caso, do conhecimento do apostador sobre a realidade em que aposta e o seu contexto). A grande distinção a estabelecer no âmbito das apostas é entre apostas mútuas e apostas à cota. Refira-se que o art. 15.º do Decreto-Lei n.º 67/2015, de 29 de Abril, criminaliza a exploração ilícita de apostas desportivas à cota de base territorial; por seu turno, o art. 17.º do Decreto-Lei n.º 68/2015, de 29 de Abril, criminaliza a exploração ilícita de apostas hípcas mútuas de base territorial.

Trata-se aqui de um alargamento da noção de jogos de fortuna ou azar de forma a abranger máquinas que literalmente «não paga[m] directamente prémios em fichas ou moedas». Esta alínea suscita algumas perplexidades. À primeira vista dir-se-ia que se tais máquinas não pagam directamente prémios, não há sequer um contrato de jogo, visto que falta um dos elementos essenciais de todo o jogo a dinheiro — o prémio: o jogador nada pode ganhar. Pelo que, por maioria de razão, uma tal máquina nunca estaria a oferecer um jogo de fortuna ou azar. Surge assim a dúvida sobre o exacto sentido, em sede administrativa, desta norma; e, de seguida, a questão de saber os seus possíveis reflexos em sede penal.

Para se compreender cabalmente esta matéria importa refazer a evolução legislativa que conduziu ao surgimento desta regulamentação. A origem remonta ao final da década de 1970, altura em que chegaram a Portugal as chamadas máquinas de *flippers* ou *pinball*, e que se tornaram muito populares em cafés e casas de jogos de diversão.

O legislador dessa época — preocupado pelos seus efeitos na juventude e pela localização de casas de jogos próximo de escolas — começou por centrar a atenção nos jogos de *flippers*. Um diploma de 1980 referiu-se aos «graves custos sociais originados pela proliferação das máquinas [de *flippers*], especialmente no que diz respeito aos jovens, afectados na sua formação humana por uma má ocupação dos seus tempos livres ou mesmo desviados das suas ocupações escolares ou profissionais». <sup>77</sup> Após esforços regulatórios iniciais através da emissão de despachos normativos, <sup>78</sup> foi de seguida aprovado um diploma que procurou regular de modo completo as máquinas de *flippers*, o Decreto-Lei n.º 293/81, de 16 de Outubro. <sup>79</sup> Não cabe aqui desenvolver uma análise da extensa regulamentação administrativa imposta por este diploma (registo prévio das máquinas, cobrança de taxas, multas), que nomeadamente substituiu o sistema anterior de distâncias mínimas das escolas, optando em vez disso por interditar o jogo de máquinas de *flippers* a menores de 18 anos (art. 17.º).

O Decreto-Lei n.º 293/81, de 16 de Outubro, vigorou por pouco tempo. Foi revogado em 1985 no âmbito de um pacote legislativo constituído por dois diplomas consecutivos, da mesma data:

---

<sup>77</sup> Despacho Normativo n.º 106/80, de 27 de Março, in *Diário da República*, I, n.º 73, 27 de Março de 1980, p. 606.

<sup>78</sup> O Despacho Normativo n.º 106/80, de 27 de Março revogou expressamente «os anteriores despachos sobre esta matéria», que não são indicados. Foi também emitido o Despacho Normativo n.º 92/81, de 13 de Março, in *Diário da República*, I, n.º 60, 13 de Março de 1981, p. 685 (sobre registo das máquinas de *flippers*).

<sup>79</sup> Alterado pelo Decreto-Lei n.º 142/83, de 29 de Março.

- a) o Decreto-lei n.º 21/85, de 17 de Janeiro, sobre máquinas de diversão, que procurou regular não apenas um tipo de máquinas (os *flippers*), mas sim todas as máquinas de diversão em geral, de modo completo. Entre outras alterações, este diploma baixou a idade mínima de acesso para 16 anos.
- b) o Decreto-lei n.º 22/85, de 17 de Janeiro, sobre matéria penal, que analisamos de seguida.

Refira-se, quanto ao contexto, que o início da década de 1980 foi marcado pela rápida difusão da informática e dos jogos de vídeo (*videogames*), como os clássicos *Space Invaders* (lançado no Japão em 1978) e *Pacman* (de 1980),<sup>80</sup> que se tornaram muito populares e tiveram enorme sucesso comercial. Deste modo, o esforço inicial do legislador, que se tinha dirigido apenas às máquinas de *flippers*, era manifestamente insuficiente, dado o rápido surgimento de muitas outras tipologias de jogos de diversão. Pode-se afirmar que o apogeu das casas de diversões ocorreu na década de 1980.<sup>81</sup>

O legislador de 1985 procurou aclarar os termos da distinção entre jogos de fortuna ou azar (jogos a dinheiro, de casino, apenas para adultos) por um lado, e máquinas de mera diversão por outro (acessíveis a menores). Nesta categoria foram incluídos os *flippers*, que segundo o legislador de 1985 não favoreceriam as apostas ilícitas, e poderiam ser jogados a partir dos 16 anos.

O Decreto-lei n.º 21/85, de 17 de Janeiro, definiu as máquinas de diversão no n.º 1 do art. 2.º; e, no n.º 3, estabeleceu a fronteira com os jogos de fortuna ou azar.

#### Artigo 2.º

1 - Consideram-se máquinas de diversão aquelas que, não pagando prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico, desenvolvem jogos cujos resultados dependem exclusiva ou fundamentalmente da perícia do utilizador.

<sup>80</sup> O primeiro jogo de vídeo de sucesso comercial foi o *Pong*, da Atari, lançado em 1972.

<sup>81</sup> Com efeito, na altura em que o legislador português actuou, em 1985, já estava em pleno desenvolvimento a fase seguinte, propiciada pelo rápido desenvolvimento da electrónica e da popularização de computadores pessoais (como o ZX Spectrum, lançado no Reino Unido em 1982). Com a consequência fundamental de que os jogos de vídeo deixaram de ser um exclusivo das casas de diversões (onde conviviam com os *flippers*, o bilhar, o *sno-oker*, os matraquilhos e outros aparelhos de diversão como as simulações de automóveis, motas, máquinas de tiro e tantas outras) e passaram a poder ser jogados dentro de casa, mediante uma ligação ao aparelho de televisão, funcionando como terminal. Na década de 1990, com o surgimento da internet, iria começar o passo seguinte: o jogo *online*. No início do século XXI, com a popularização dos *smartphones*, deixou de ser necessário um computador pessoal.

2 - É permitido que ao utilizador seja concedido o prolongamento da utilização gratuita da máquina face à pontuação obtida.

3 - As máquinas que desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente de sorte são reguladas pelo Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969.

As notas típicas das máquinas de diversão são duas: não há pagamento de prémios em dinheiro (não há prémio, o que significa que não há contrato de jogo); são jogos cujo desfecho depende sobretudo da perícia do jogador (e não da sorte).

De seguida, no outro diploma do mesmo dia, o Decreto-lei n.º 22/85, de 17 de Janeiro, sobre matéria penal, o legislador de 1985 procurou colmatar quaisquer lacunas de punibilidade no crime de exploração ilícita de jogo, através da alteração dos artigos 4.º e 56.º da lei do jogo de 1969, então vigente, na parte relativa a máquinas de jogo. O Decreto-Lei n.º 22/85, de 17 de Janeiro, veio alargar o âmbito da incriminação da exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar prevista na lei do jogo, alterando dois artigos. Assim, em primeiro lugar foi aditado ao artigo 4.º da lei do jogo de 1969 um novo ponto, no corpo do artigo:

#### Artigo 4.º

Nos casinos das zonas de jogo é autorizada a exploração dos seguintes jogos de fortuna ou azar:

(...)

4) Máquinas automóveis, mecânicas, eléctricas ou electrónicas que, não pagando directamente prémios em dinheiro, fichas ou coisas com valor económico, desenvolvam temas próprios dos jogos de fortuna ou azar ou apresentem como resultado pontuações dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.

Em segundo lugar, o tipo legal de crime de exploração ilícita, constante do artigo 56.º da lei do jogo então vigente, o Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, passou a ter a seguinte redacção:

#### Artigo 56.º

Aqueles que infringirem o disposto no artigo 2.º, quer explorando jogos de fortuna ou azar, incluindo máquinas automáticas referidas no n.º 4) do artigo 4.º, quer exercendo a sua actividade na respectiva exploração, bem como os que infringirem o preceituado no artigo 6.º, serão punidos com prisão de 6 meses a 2 anos.

O preâmbulo do Decreto-Lei 22/85, de 17 de Janeiro, explicou o sentido deste alargamento formal da incriminação:

1. O jogo, sendo embora um fenómeno humano, carece de ser devidamente regulamentado e objecto de rigorosa fiscalização, com vista à minimização dos resultados nefastos que, da sua prática descontrolada, decorrem para a sociedade.
2. São muitas e sofisticadas as modalidades de máquinas automáticas, mecânicas, eléctricas ou electrónicas, que, embora não pagando directamente prémios em dinheiro ou em fichas, se têm revelado meios apropriados para a prática ilegal de jogos de fortuna ou azar, na medida em que favorecem a aposta de dinheiro sobre os créditos representados nas pontuações em que se traduzem os seus resultados, dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte.
3. A solução legal até agora adoptada, consistente na qualificação de tais máquinas como de diversão e na sua sujeição ao regime instituído para as máquinas de tipo *flipper*, tem-se revelado ineficaz para prevenir e reprimir o seu emprego na aludida prática de jogo ilícito.
4. Justifica-se, assim, a revisão do enquadramento legal daquelas máquinas, qualificando-se as mesmas como verdadeiros jogos de fortuna ou azar e, conseqüentemente, restringindo-se o seu uso aos casinos das zonas de jogo autorizadas.
5. Permanecem fora deste regime, embora sujeitas a uma regulamentação própria, as máquinas de mera diversão, cujos resultados, por dependerem exclusiva ou fundamentalmente da perícia, como sucede com as do tipo *flipper*, não favorecem as apostas ilícitas.

O legislador, como se retira expressamente deste preâmbulo, criminalizou a exploração de máquinas que «não paga[m] directamente prémios em dinheiro ou em fichas», com o argumento de que as mesmas «se têm revelado meios apropriados para a prática ilegal de jogos de fortuna ou azar, na medida em que favorecem a aposta de dinheiro sobre os créditos representados nas pontuações em que se traduzem os seus resultados, dependentes exclusiva ou fundamentalmente da sorte».

Em 1989, na lei do jogo actual, o crime de exploração ilícita, como vimos, deixou de fazer remissão expressa para as disposições iniciais da lei do jogo; nestas, manteve-se, na al.<sup>a</sup> g) do n.º 1 do artigo 4.º do DL n.º 422/89, de 2 de Dezembro, a referência expressa às máquinas que «não paga[m] directamente prémios em dinheiro ou em fichas».



Estão aqui em causa máquinas em que existe efectivamente a chance de ganhar um prémio<sup>82</sup> — logo, existe um contrato de jogo —, mas o prémio é pago «manualmente» ou «indirectamente» (e não «directamente» pela máquina, como sucedia nas *slot machines*); por exemplo, o prémio é pago pelo dono do café onde a máquina se encontra instalada. Nestes casos, que têm sido identificados na jurisprudência, sempre se teria de concluir pela existência de um crime de exploração ilícita de jogo de fortuna ou azar. O facto de o prémio ser pago «em separado», «manualmente» ou «indirectamente» não torna a conduta atípica. Por exemplo, num caso decidido pelo Tribunal da Relação de Guimarães, foi analisada uma máquina, semelhante a uma Roleta, em que os prémios eram pagos «em numerário»,<sup>83</sup> pelo que o tribunal decidiu, correctamente, que se tratava de um jogo de fortuna ou azar.

A dúvida poderia surgir, no âmbito da lei do jogo de 1969, porque o tipo legal de crime de exploração ilícita consistia na criminalização de certas e determinadas condutas que eram indicadas por remissão expressa para o artigo 2.º (que era depois desenvolvido pelo artigo 4.º da lei de 1969, onde se indicavam as máquinas que pagavam *directamente* fichas ou moedas). A técnica legislativa seguida excluía da tipicidade, até à alteração de 1985, por óbvias razões de legalidade, as máquinas em que não fosse feito um pagamento *directo* de fichas ou moedas. Na lei do jogo actual, de 1989, o elemento do tipo «jogos de fortuna ou azar» não é delimitado por remissão para a parte administrativa, o que em princípio elimina a fonte das dúvidas. Pelo exposto, podemos concluir que a lei do jogo vigente, de 1989, tem uma técnica de tipificação mais aperfeiçoada do que o regime vigente à data da sua entrada em vigor.

Diga-se, a finalizar este excursus, que actualmente já nenhuma *slot machine* paga «directamente prémios em fichas ou moedas», como se prevê na al.ª f) do n.º 1 do artigo 4.º da lei do jogo. Desde 1989 houve uma evolução tecnológica. As máquinas modernas aceitam vários meios de pagamento e, no final da sessão de jogo (*cash out*), emitem um bilhete com um código de barras (sistema *ticket-in, ticket-out*, ou TITO), que pode ser inserido noutra *slot machine* ou pode ser convertido em numerário numa máquina separada, que serve só para fazer pagamentos. Assim, verifica-se que a al.ª g) do n.º 1 do artigo 4.º da lei do jogo, que inicialmente visou apenas evitar lacunas de punibilidade em sede penal, adquiriu conteúdo e actualidade em sede administrativa.

---

<sup>82</sup> Se não há qualquer pagamento de prémio não há contrato de jogo: trata-se apenas de uma máquina de diversão (mesmo que o jogo dependa total ou fundamentalmente da sorte).

<sup>83</sup> É esta a expressão usada, que parece indicar um pagamento em separado; Ac. Tribunal da Relação de Guimarães de 2 de Novembro de 2015 (Alcina da Costa Ribeiro) (pr. 207/14.3GAVF.G1).

## 17. A exclusão das «modalidades afins»

Na secção anterior vimos algumas das tipologias que podem ser abrangidas pelo elemento objectivo do tipo «jogos de fortuna ou azar». Cabe agora, caminhando em sentido inverso, analisar a delimitação negativa deste elemento que consiste na exclusão, determinada pelo legislador, das chamadas «modalidades afins», cuja exploração ilícita constitui contra-ordenação e não crime.

A ideia geral do legislador é evidentemente a de que a criminalização do jogo ilícito só deve abranger um «núcleo duro», definido em termos qualitativos. De fora do tipo ficam «zonas circundantes», que são matéria de contra-ordenação. O pensamento legislativo parece ser o de conferir centralidade aos jogos de fortuna ou azar «clássicos», por oposição a jogos de fortuna ou azar desligados ou muito afastados em relação à experiência de jogo vivida num casino. Foi assim operada uma distinção entre a exploração de jogos de fortuna ou azar «puros», «clássicos» ou «de casino», por um lado, e a exploração de jogos de fortuna ou azar que são «modalidades afins», por outro. Ao operar esta distinção o legislador português terá actuado de forma provavelmente bem-intencionada, por querer reservar o direito penal, a *ultima ratio* da política social, só para casos que verdadeiramente o justificam.

Porém, há que dizer que: o critério que adoptou é superficial; e que esse critério é poroso e criou na prática um verdadeiro «pântano jurídico».

Convirá começar por uma breve análise da evolução legislativa sobre esta matéria.

O artigo 62.º da primeira lei do jogo, de Dezembro de 1927, veio dispor que as pequenas lotarias, tómbolas e rifas ficariam sujeitas a um regime especial a estabelecer. Esse regime foi criado logo no mês seguinte, em Janeiro de 1928, por meio de uma portaria<sup>84</sup> que as proibiu, incluindo as chamadas «tómbolas automáticas» (como eram conhecidas na altura as *slot machines*<sup>85</sup> ou «máquinas de alavanca»<sup>86</sup>), a menos que houvesse licença emitida. Esta portaria foi logo

<sup>84</sup> Portaria n.º 5154, *Diário do Governo*, I, n.º 12, 16 de Janeiro de 1928, p. 111 s.

<sup>85</sup> A *slot machine* foi inventada nos Estados Unidos no final do séc. XIX; cfr. Marshall Fey, *Slot machines. An illustrated history of America's most popular coin-operated gaming device*, Las Vegas NV: Nevada Publications, 1983.

<sup>86</sup> Há notícia da sua existência em Portugal pelo menos desde 1912, segundo informa Irene Vaquinhas, *Nome de código "33856"*, (n. 5), p. 33 e n. 87. O tema foi aflorado em debates parlamentares em 1912 e 1914. No casino de Espinho a sua introdução data de 1915. As máquinas foram ignoradas na legalização do jogo de 1927, porque permitiriam o «jogo do tostão» preferido pelas camadas populares mais modestas, o que contrariava a visão de luxo dos casinos e dos hotéis tipo "Palace" que se pretendia para as concessões

revogada em 1929 com base em «reclamações contra a maneira irregular por que têm estado a funcionar as tómbolas automáticas e rifas estabelecidas em determinadas localidades do País».<sup>87</sup> A mesma portaria de Janeiro de 1928 foi ripristinada, com modificações, em 1930.<sup>88</sup> De seguida, as portarias de 1928 e 1930 foram ambas revogadas em 1931, com ordem aos governadores civis para a apreensão de todos os equipamentos relacionados com «os jogos de quino, tómbolas, rifas e semelhantes». O preâmbulo dá conta de uma relativa explosão de jogo ilegal: «um forte incremento no movimento de tómbolas, rifas e jogo do quino, incremento que atinge não só atinge o número de aparelhos, casas e localidades onde essas formas de jogo se exercitam, mas também o volume de paradas»; por isso, considerou-se que haveria «necessidade e urgência em pôr cobro imediato aos abusos notados e que a exploração de tais tómbolas e rifas reveste modalidades características de jogo de azar».<sup>89</sup> Deste modo, colocou-se, por bastantes anos, um ponto final na matéria das máquinas de jogo.

Em 1958 a segunda lei do jogo criou uma categoria de «modalidades afins» no seu Capítulo VII (arts. 38.º e 39.º), onde o conceito cresceu visivelmente, abrangendo novas realidades. A lei usou o conceito de «operações oferecidas ao público» (que já tinha constado da Portaria n.º 5154, de 16 de Janeiro de 1928).

Modalidades afins: operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside essencialmente na sorte, nomeadamente rifas, tómbolas, sorteios, máquinas automáticas com atribuição de prémios, concursos de publicidade ou outros, desde que se verifique a existência de prémios.

Na terceira lei do jogo, o Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, a categoria de modalidades afins foi regulada no Capítulo VI (arts. 43.º a 45.º). Fala-se de novo em «operações oferecidas ao público». Tal como em 1958, o capítulo aplica-se toda uma série de realidades e figuras jurídicas.

Modalidades afins: operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside essencialmente na sorte, nomeadamente: rifas; tómbolas; sorteios; máquinas automáticas cujo funcionamento não dependa da utilização, nem origine a atribuição de fichas, e para cujos resultados não influa a perícia; concursos de

---

de jogo. O mesmo aconteceu em 1958. Só em 1969, na terceira lei do jogo, é que as *slot machines* foram finalmente admitidas nos casinos.

<sup>87</sup> Portaria n.º 6391, *Diário do Governo*, I, n.º 206, 7 de Setembro de 1929, p. 1955.

<sup>88</sup> Portaria n.º 6754, *Diário do Governo*, I, n.º 63, 18 de Março de 1930, p. 483.

<sup>89</sup> Portaria n.º 7094, *Diário do Governo*, I, n.º 99, 29 de Abril de 1931, p. 713.

publicidade, ou outros, em que se verifique a atribuição de prémios.

Note-se que a lei do jogo de 1969 — publicada já sob o governo de Marcelo Caetano — franqueou finalmente a entrada das *slot machines* nos casinos, onde passou a ser permitido operar «máquinas automáticas (pagando directamente em fichas e moedas)».<sup>90</sup>

Por outro lado, o regime das «modalidades afins» cresceu de novo, consolidando-se a tendência legislativa de nele aglutinar todas as tipologias de jogo «menores», ou seja, as não reservadas aos casinos e as que não estão na órbita da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa (como as pequenas lotarias), e mesmo algumas figuras que nem sequer são contratos de jogo.

Modalidades afins: operações oferecidas ao público em que a esperança de ganho reside essencialmente na sorte, nomeadamente: rifas; tómbolas; sorteios; máquinas automáticas cujo funcionamento não dependa da utilização, nem origine a atribuição de fichas, e para cujos resultados não influa a perícia; concursos de publicidade, ou outros, em que se verifique a atribuição de prémios.

Exclusão: máquinas de venda de artigos ou produtos, quando a importância despendida não exceder o valor comercial dos mesmos.

A evolução legislativa subsequente foi algo curiosa. Com efeito, a lei do jogo de 1989 não revogou a lei do jogo de 1969 na matéria das «modalidades afins».<sup>91</sup> Só em 1995 é que tal ocorreu, como se explica no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro:

(...) opta-se por regular no âmbito do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro, a matéria relativa às modalidades afins dos jogos de fortuna ou azar, revogando-se assim por completo o Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, diploma onde tal matéria se encontra presentemente disciplinada, por razões que se prendem não tanto com a necessidade de alterar o regime vigente, cujas soluções se mantêm no essencial, mas antes com a con-

<sup>90</sup> Art. 4.º, ponto 3, do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969.

<sup>91</sup> Artigo 160.º, n.º 2 (redacção originária): «Mantém-se em vigor o disposto no capítulo VI do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969, com a actual redacção do § 1.º do artigo 43.º dada pelo artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 22/85, de 17 de Janeiro, bem como o corpo do artigo 59.º e seus §§ 1.º e 2.º».

veniência de disciplinar unitariamente uma realidade próxima da que já é regulada pelo referido Decreto-Lei n.º 422/89.

Deste modo, o Decreto-Lei n.º 10/95, de 19 de Janeiro, revogou os artigos 43.º a 45.º e 59.º do Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969. A parte sancionatória reentrou no domínio das contra-ordenações.

Assim, manteve-se sempre a tradição, que vem da primeira lei do jogo de 1927, de procurar diferenciar em termos qualitativos entre um «núcleo duro» de jogos de fortuna ou azar, cuja exploração ilícita é crime, e «modalidades afins» cuja exploração ilícita constitui contra-ordenação. Embora talvez bem-intencionada, esta distinção gerou um verdadeiro «pântano» jurídico: são extremamente numerosos na jurisprudência os casos em que se discute a fronteira entre os jogos de fortuna ou azar e as modalidades afins.

As disposições legais a ter em conta são sobretudo o artigo 159.º (noção de modalidades afins), o n.º 3 do artigo 161.º (temas que as modalidades afins não podem desenvolver), e o artigo 163.º (contra-ordenação económica grave), todos da lei do jogo. O pomo da discórdia é a questão dos «temas característicos dos jogos de fortuna ou azar».

#### Artigo 159.º

##### Modalidades afins do jogo de fortuna ou azar e outras formas de jogo

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

2 - São abrangidos pelo disposto no número anterior, nomeadamente, rifas, tómbolas, sorteios, concursos publicitários, concursos de conhecimentos e passatempos.

(...)

#### Artigo 161.º

##### Proibições

(...)

3 - As modalidades afins do jogo de fortuna ou azar e outras formas de jogo referidas no artigo 159.º não podem desenvolver temas característicos dos jogos de fortuna ou azar, nomeadamente o póquer, frutos, campainhas, roleta, dados, bingo, lotaria de números ou instantânea, totobola e totoloto, nem substituir por dinheiro ou fichas os prémios atribuídos.

Artigo 163.º  
Contra-ordenações

1 - Constitui contra-ordenação económica grave, punível nos termos do Regime Jurídico das Contra-ordenações Económicas (RJCE), a violação ao disposto nos artigos 160.º a 162.º  
(...)

Estas disposições são de conjugação difícil, já que o legislador usa múltiplos critérios de qualificação e, em alguns casos, opta por nomear certas figuras. Uma questão decisiva é saber o que são «temas característicos dos jogos de fortuna ou azar, nomeadamente o póquer, frutos, campainhas, roleta, dados, bingo, lotaria de números ou instantânea, totobola e totoloto». Tudo isto tem dado origem a uma jurisprudência inabarcável.<sup>92</sup> Não temos a pretensão de abordar aqui o tema de modo minimamente completo, e deixaremos apenas algumas notas críticas.

As tipologias de jogos de fortuna ou azar cuja exploração constitui crime (e não contra-ordenação) são aqui delimitadas com recurso a elementos qualitativos externos ou «temas», em cujo elenco não é difícil descortinar uma intenção subjacente de proteger o jogo concessionado e o jogo explorado pela Santa Casa da Misericórdia de Lisboa por meios penais. No que especialmente diz respeito às máquinas de jogo, elementos como «frutos» ou «campainhas» podem originar uma qualificação como matéria crime. Trata-se, a nosso ver, de uma forma não técnica, «impressionista» ou mesmo quase infantil de operar a delimitação, baseando-a apenas no aspecto externo da máquina de jogo, mas que pode sem dúvida facilitar o *law enforcement*. Porém, o aspecto externo de uma máquina é de todo irrelevante para entender o seu real funcionamento; este resulta da análise dos elementos essenciais do jogo: apostas admitidas, funcionamento da álea e prémios ou plano de pagamentos, incluindo a vantagem da casa (*house advantage*).<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Uma certa tipologia de jogo oferecida com recurso a máquinas deu origem a extensas controvérsias, que culminaram no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2010, processo n.º 2485/08 (recurso extraordinário de fixação de jurisprudência), in *Diário da República*, I, n.º 46, 8 de Março de 2010, pp. 672 ss. De notar que o acórdão não procede a um estudo económico da tipologia de jogo em causa, embora contenha informação sobre o plano de prémios. Para uma análise da jurisprudência, cfr. Plácido Conde Fernandes, «Comentário aos artigos 108.º ss do Decreto-Lei n.º 422/89, de 2 de Dezembro» (n. 54), p. 361.

<sup>93</sup> Sobre os cálculos matemáticos e probabilísticos subjacentes à programação das *slot machines*, cfr. Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math*, 2.ª ed, Las Vegas: Trace Publications, 2005, pp. 64 ss. Sobre a manipulação na apresentação dos resultados, em prejuízo do consumidor, cfr. Jorge Godinho, «Regulação do jogo a dinheiro: jogos de fortuna ou azar, apostas e lotarias» (n. 48), pp. 1096 ss.

Suponha-se que é encontrada em Portugal uma exploração ilícita do jogo do Fantan, o jogo de fortuna ou azar clássico de Macau, operado continua e ininterruptamente desde 1849 até hoje.<sup>94</sup> Dificilmente se descortinariam no Fantan os «temas característicos» dos jogos de fortuna ou azar apontados pelo legislador, já que se joga com botões, duas campânulas e uma varinha de madeira ou plástico.<sup>95</sup> Pelo que seria uma modalidade afim: uma conclusão que, em termos político-criminais não tem justificação, mas a tal leva o «impressionismo» previsto na lei vigente.

Refira-se que o legislador de Macau, que seguiu a lei portuguesa em muitos pontos, não cometeu este erro de procurar operar uma distinção «impressionista» ou «temática» entre jogos de fortuna ou azar que fazem ou não parte de um suposto «núcleo duro» (cfr. a Lei n.º 8/96/M, de 22 de Julho).

Por outro lado, no crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar e apostas *online* não existe a categoria das modalidades afins. Por isso, o panorama é menos complexo, cabendo lidar com a base conceptual que deixámos elencada: os elementos dos contratos de jogo em geral (para apurar se há um contrato de jogo), a tripartição entre jogos, apostas e lotarias (se houver, cabe determinar de que tipologia de jogo se trata) e a bipartição dos jogos entre jogos de fortuna ou azar e jogos de perícia (sendo um jogo, e não uma aposta ou uma lotaria, cabe saber se é um jogo de fortuna ou azar ou não).

## 18. A exploração

Passemos à questão de saber em que casos se pode afirmar que existe «exploração» de um jogo de fortuna ou azar.

Trata-se de um conceito económico. Em termos genéricos, exploração significa uma actividade organizada de modo a gerar lucros. Vasco Roque afirma que «a palavra *exploração*, no sentido literal que comporta no preceito, compreende o desenvolvimento de um negócio ou actividade com fins lucrativos».<sup>96</sup>

Note-se desde logo a coincidência literal, e não casual, com a noção de direito administrativo, onde são reguladas concessões de exploração de jogos de fortu-

<sup>94</sup> Em pormenor, Jorge Godinho, *Os casinos de Macau. História do maior mercado de jogos de fortuna ou azar do mundo*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 17 ss.

<sup>95</sup> Cfr. o regulamento oficial do Fantan de Macau, aprovado pelo Despacho Regulamentar Externo do Secretário para a Economia e Finanças n.º 58/2004.

<sup>96</sup> Vasco Roque, *A Lei do jogo e seus regulamentos, anotada e comentada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 706.

na ou azar (art. 3.º e 5.º a 8.º LJ). É um conceito decalcado do jogo lícito, e que em 1958 substituiu a antiga «tavolagem».

Creemos que o legislador andou bem em seguir a mesma linguagem usada para o jogo lícito, que assim permite fazer uma interpretação precisa, embora o *modus operandi* no jogo ilícito não tenha de ser exactamente igual, como bem se compreende.

A exploração será uma oferta de jogo conduzida numa base matemática e probabilística objectivamente sustentável, que permita gerar lucros com base na lei dos grandes números, tal como sucede no jogo lícito.

A noção de exploração pode convenientemente ser densificada através da observação do *modus operandi* do jogo lícito, onde o lucro se atinge de uma de duas formas: através da cobrança de comissões (nos jogos não bancados, ou seja, em que o casino não é parte no contrato); ou através da oferta de jogo em que existe uma vantagem da casa (*house advantage*), como sucede nos jogos bancados (Roleta, Bacará ponto e banca, Blackjack e tantos outros em que o casino é parte no contrato). Nestes casos não pode haver qualquer dúvida de que há exploração, uma vez que a matemática usada conduz inexoravelmente ao lucro, por via da lei dos grandes números. No jogo bancado, a «casa» pode até perder no curto prazo, mas quanto mais se jogar mais o resultado agregado da operação se aproximará da vantagem teórica esperada no jogo em causa.<sup>97</sup> Trata-se evidentemente de uma problemática da especialidade, que cabe analisar jogo a jogo, já que cada um assenta em cálculos financeiros, matemáticos e probabilísticos diferentes. Será necessário provar a base matemática ou probabilística que permite falar em exploração: a vantagem da casa (*house advantage*), as comissões, ou qualquer outra forma<sup>98</sup> de o titular da exploração obter lucros numa base consistente ou sustentável.

Se não há exploração, não existe crime (nem contra-ordenação, se se tratar de uma «modalidade afim»). Haverá apenas jogo a dinheiro *inter pares*, «não organizado» ou «desorganizado», ou seja, entre jogadores em posição de igualdade. Um jogo não bancado entre dois jogadores em que cada um tem 50% de chances de ganhar (ou entre quatro, com 25% de chances para cada um), não

<sup>97</sup> Cfr., por todos, Robert Hannum e Anthony Cabot, *Practical casino math* (n. 93), pp. 65 ss.

<sup>98</sup> O legislador acrescentou o segmento «por qualquer forma»: trata-se de terminologia que alarga a tipificação, ou pelo menos não a fecha. Poderá ser qualquer «forma económica» que possa ser considerada exploração. Por outro lado, poderá ser uma exploração em público ou em privado (*ubi lex non distinguit...*).



pode ser uma «exploração». Só uma oferta em moldes profissionais o poderá ser.

Assim sendo, cabe recusar a relevância actual do antigo conceito de «tavalagem», que é mais amplo. Nos casos em que não existe uma ligação económica directa ao jogo na sua vertente contratual, não há exploração. A questão tem-se colocado, na jurisprudência, em situações em que por exemplo alguém é o dono de um café onde se jogam jogos de cartas, de fortuna ou azar, a dinheiro. Trata-se aqui da veneranda «tavalagem»: o dono do café tudo o que faz é disponibilizar um local de jogo e vender comida e bebida. Esta era a forma medieval de combater o jogo: o dono do estabelecimento que permite o jogo, e lucra com o comércio geral que o jogo gera, seria punido. Como vimos, nas Ordenações era muito claro que o crime abrangia dar de comer e beber aos jogadores.

Regressando ao caso do jogo da “Lerpa” decidido pelo Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães de 3 de Dezembro de 2012, já anteriormente analisado,<sup>99</sup> verifica-se que em momento algum se discutiu em que termos existe exploração por parte do dono do estabelecimento —, que nem é parte no contrato de jogo nem cobra comissões, nem isso foi questionado. Resta apenas a ideia de que o jogo aumenta o negócio do estabelecimento. Existe alguma jurisprudência que considera que também nestes casos existe exploração de jogos de fortuna ou azar.

Discordamos deste conceito extremamente amplo ou extensivo de exploração, que representa a sobrevivência do conceito medieval de «tavalagem». Cabe ultrapassar esta noção, que, apesar de ter desaparecido da lei em 1958, sobrevive ainda, indevidamente, num fenómeno de atavismo jurídico incompreensível. A exploração do jogo não é a organização de comidas e bebidas que são consumidas por jogadores. É uma ideia arcaica, medieval, que cabe superar, tendo em conta o conhecimento técnico e matemático moderno sobre o jogo.

Como referimos, se se tratar de um jogo bancado, explorador é quem assume a banca: o organizador joga contra todos (*takes all comers*, na conhecida expressão americana), como acontece nos casinos. Se se tratar de jogo não bancado, os jogadores jogam entre si, pelo que, se não houver comissões ou um aluguer da mesa, não se pode falar em exploração do jogo.

Por outras palavras: a exploração do jogo tem de incluir um qualquer elemento, situado no próprio contrato de jogo, do qual quem procede à exploração retira um lucro potencial ou efectivo de cada jogada. É isto que os casinos fazem.

---

<sup>99</sup> Cfr. *supra*, n. 74 e texto correspondente.

Se assim não for, o conceito de exploração deixa de ter quaisquer limites e não apenas quem vende comida ou bebida é abrangido: também de um taxista se poderá dizer que explora jogos de fortuna ou azar ao transportar pessoas que se deslocam para o local — ou mesmo de um vendedor ambulante que, na praia, vende gelados ou bolas de Berlim a banhistas que estão a jogar a dinheiro um jogo de fortuna ou azar.

Entendemos que a tipificação penal não pode exceder os elementos contratuais e/ou administrativos de base. Se não se puder falar de exploração de jogos de fortuna ou azar em termos contratuais, é totalmente artificial — é impossível — admitir a existência de uma exploração apenas para efeitos penais.

A situação, para ser penalmente relevante, deverá ser de tal modo que, se o jogo de fortuna ou azar em causa fosse lícito (ou seja, se fosse autorizado), geraria receita bruta, e como tal, tributação, de modo consistente, em moldes análogos aos estabelecidos pelo imposto especial sobre o jogo (art. 84.º ss da lei do jogo). A tributação do jogo lícito incide sobre a receita bruta dos jogos de fortuna ou azar: não incide obviamente sobre as restantes componentes que possam operar no casino, como os restaurantes, os bares, os espectáculos ou as lojas.<sup>100</sup> A exploração de um bar ou de um restaurante não é exploração de jogo, por muito que a clientela do restaurante seja constituída por jogadores.

Não é, pois, surpreendente que tenham surgido na jurisprudência, a este propósito, com alguma frequência, alegações de falta da consciência da ilicitude não censurável (art. 17.º do Código Penal); porém, como resulta do exposto, a questão não é subjectiva na sua raiz — trata-se, antes de mais, de um problema de tipicidade objectiva.

Assim, o jogo *inter pares*, «não organizado», «desorganizado», ou seja, o jogo a dinheiro desinserido de qualquer exploração, que é de resto tolerado no plano civil (gera obrigações naturais), não pode estar na base de um crime, porque não existe exploração. Afirmar o contrário é ultrapassar o critério do sentido possível das palavras, e, assim, o princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege stricta*).<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Nos termos do n.º 6 do art. 84.º da lei do jogo, «[o] exercício por parte das empresas concessionárias de quaisquer actividades não abrangidas pelos n.os 1 e 2 fica sujeito ao regime tributário geral».

<sup>101</sup> Como afirma Figueiredo Dias: «existem processos hermenêuticos cuja conclusão se mantém no quadro dos significados comuns atribuídos às palavras utilizadas pelo legislador e processos cuja conclusão os ultrapassa»; *Direito penal. Parte geral*, tomo I, 3.ª ed. (n. 41), p. 224.

Em face do exposto, não tem fundamento querer atribuir à palavra «exploração» um sentido amplíssimo, que a mesma não comporta. Com efeito, no plano metodológico, não parece possível reinterpretar este elemento do tipo legal de crime de modo mais amplo para efeitos puramente penais, *atribuindo-lhe um sentido que não tem no contexto de origem*. O uso do conceito de «exploração» no artigo 108.º da lei do jogo é uma recepção, para efeitos incriminadores, de um segmento normativo de uma norma primária não-penal, oriunda do tratamento em sede de contratação administrativa das concessões de jogos de fortuna ou azar, que consta aliás da mesma lei. Assim, ao interpretar esta «importação» de um conceito extra-penal para efeitos penais, o aplicador tem de observar o contexto de origem da norma. Os elementos provenientes de outros ramos têm de ser interpretados da mesma forma num contexto penal. Como refere José António Veloso: «é doutrina assente na hermenêutica do Direito penal que as normas não-penais são sempre *recebidas com o sentido e consequências que têm no sistema de origem*, e portanto importando *todo o contexto* que seja relevante para as determinar plenamente. (...)».<sup>102</sup> Ou seja, «a regra comumente aceite é a de que os elementos importados de outro ramo de Direito não podem ser arbitrariamente escolhidos e manuseados pelo aplicador da lei penal».<sup>103</sup> Pelo que «[n]ão é permitido ao aplicador da lei penal, portanto, receber apenas uma parte do conteúdo semântico das fontes do ramo do Direito a que pertence a norma primária não-penal, de tal modo que a norma reconstruída a partir do material recebido viesse a ter consequências decisórias que seriam imprevisíveis pelo destinatário, porque diferentes das que teria a norma reconstruída a partir do conteúdo semântico total a que está associada na origem».<sup>104</sup> Isto naturalmente, por respeito aos princípios da legalidade e da culpa.

### 19. A ilicitude da exploração; os locais autorizados

O artigo 108.º da lei do jogo, sob a epígrafe «exploração ilícita de jogo», refere que é crime a exploração de jogos de fortuna ou azar «fora dos locais legalmente autorizados». A esta formulação subjazem vários aspectos que, em bom rigor analítico, convirá diferenciar: a vertente normativa, ou seja, a *ilicitude* da exploração; e a vertente espacial, que diz respeito aos *locais autorizados*. Cremos que o essencial é a ilicitude da exploração. Porém, o legislador formulou a ilicitude de modo indirecto, enquanto aspecto espacial.

Analisemos primeiro a ilicitude. É elemento do tipo a inexistência de autorização da exploração, seja qual for a forma que esta revista. Trata-se de um ele-

<sup>102</sup> José António Veloso, «Concurso e conflito de normas», in *Direito e Justiça*, vol. XVII, 2003, pp. 209 ss (cfr. p. 261 s) (itálicos no original).

<sup>103</sup> José António Veloso, «Concurso e conflito de normas» (n. 102), p. 262.

<sup>104</sup> José António Veloso, «Concurso e conflito de normas» (n. 102), p. 262.

mento negativo do tipo,<sup>105</sup> que comporta uma dimensão essencial da ilicitude da conduta, já que o crime não consiste em explorar jogos de fortuna ou azar *tout court*, mas sim em fazê-lo sem autorização bastante. Desta forma, a existência de autorização para a exploração exclui a tipicidade da conduta.<sup>106</sup> A autorização será em princípio composta pelo contrato de concessão e/ou outros elementos de direito administrativo do jogo relevantes.

Logo por aqui se pode surpreender a deficiente técnica legislativa usada, já que a autorização comporta igualmente uma dimensão temporal. O que se torna muito nítido, por exemplo, em caso de prorrogação do prazo da exploração, como ocorreu recentemente em virtude da pandemia. Como se sabe, a actividade das concessionárias é limitada por condicionalismos temporais: as concessões têm, por definição, prazos — e com o final da concessão extingue-se a licitude. Suponha-se uma concessão que expira no final do dia 31 de Dezembro de um certo ano, por hipótese porque foi atribuída por meio de concurso público a uma outra entidade: os agentes da ex-concessionária cometem o crime se continuarem ou prolongarem a exploração, sem título, já nas primeiras horas do dia 1 de Janeiro. Depois da meia-noite, o que era lícito passou a ser ilícito. Se um agente de uma concessionária explorar jogo já sem uma concessão em vigor, porque a mesma expirou (não foi prorrogada e não foi substituída por uma nova concessão), estará a cometer o crime.

No que diz respeito ao aspecto espacial, na técnica seguida pelo legislador a exploração ilícita é a que ocorre fora dos locais autorizados. É a perspectiva sempre adoptada desde 1927. Porém, tratar-se de uma técnica assaz restritiva, que «afunila» desnecessariamente a conduta proibida em termos espaciais: se ocorrer jogo ilícito *nos locais autorizados* (por exemplo, jogo paralelo), será atípico.

Afigura-se evidente que se impõe uma reforma. O § 284 do StGB não contém qualquer restrição espacial deste tipo, centrando-se no aspecto normativo que é a falta de autorização e não no local onde ocorre a conduta. O mesmo ocorre no crime de exploração ilícita de jogo *online*, como é evidente; a formulação do art. 49.º da LJO é: «Quem, por qualquer meio e *sem estar para o efeito devidamente autorizado* (...)»

<sup>105</sup> Neste sentido, Iryna Burd, *Die Legitimität der §§ 284, 285 StGB* (n. 55), p. 32 ss.

<sup>106</sup> Contra, afirmando que se trata de uma causa de justificação, Claus Roxin e Luís Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 5.ª ed., Munique: Beck, 2020, p. 394, nm. 10; p. 926, nm. 62; Hans Heinrich Jescheck e Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, 5.ª ed., Breña: Instituto Pacífico, 2014 (tradução castelhana a cargo de Miguel Olmedo Cardenete), p. 542.

## V. Elementos subjectivos

### 20. O dolo

O tipo de crime de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar exige o dolo (dolo directo, dolo necessário ou dolo eventual). Trata-se aqui de um tipo congruente, em que o dolo cobre os elementos objectivos. Não é punível a conduta negligente.<sup>107</sup>

Não existe neste tipo legal de crime um elemento subjectivo específico. A noção de exploração não deve ser lida como se se tratasse de um elemento subjectivo específico, uma «intenção lucrativa», como ocorre no Código Penal em vários tipos de crime, quase sempre como agravante.<sup>108</sup> Como referimos, a «exploração» tem de ter um conteúdo objectivo.

### 21. A questão do erro

Tem surgido na jurisprudência a alegação de que o agente desconhecia a proibição da exploração de máquinas que oferecem jogos de fortuna ou azar.

Coloca-se a questão de saber se se trata de um erro sobre a proibição que exclui o dolo (art. 16.º do Código Penal) ou de um erro sobre a ilicitude, que exclui a culpa se não for censurável (art. 17.º). De um modo geral, os tribunais têm-se orientado no sentido de que se trata de um erro sobre a ilicitude (art. 17 CP). O mesmo tem sucedido na Alemanha.<sup>109</sup>

---

<sup>107</sup> Pelo contrário, nos termos do n.º 2 do art. 49.º da LJO, na exploração ilícita de jogos e apostas *online* é punível a negligência (em relação a «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»). O que gera não poucas perplexidades, mas não cabe analisar aqui o tema.

<sup>108</sup> Art. 141.º, n.º 2 (aborto agravado); art. 160, n.º 3 (tráfico de pessoas agravado), art. 169.º, n.º 1 (lenocínio); art. 171.º, n.º 4 (abuso sexual de crianças agravado); 172.º, n.º 3 (abuso sexual de menores dependentes ou em situação particularmente vulnerável), 175.º, n.º 2, al.ª d) (lenocínio de menores agravado); art. 176.º, n.º 2 (pornografia de menores agravada); Artigo 176.º-B, n.º 2 (organização de viagens para fins de turismo sexual com menores agravada); art. 361.º, n.º 1, al.ª a) (agravação dos crimes de falsidade de depoimento ou declaração e falsidade de testemunho, perícia, interpretação ou tradução).

<sup>109</sup> Andreas Mosbacher, «Die Strafbarkeit von Glücksspiel, insbesondere der Sportwetten, unter Berücksichtigung des Europarechts» (n. 51), p. 363.

## VI. Prática ilícita e presença em local de jogo de fortuna ou azar

### 22. Prática ilícita de jogo (art. 110.º)

Passamos agora a tecer algumas brevíssimas considerações sobre dois crimes conexos ao crime de *exploração* ilícita de jogos de fortuna ou azar. O primeiro é o crime de *prática* ilícita de jogos de fortuna ou azar fora dos locais autorizados, previsto na actual lei do jogo.

#### Artigo 110.º

##### Prática ilícita de jogo

Quem for encontrado a praticar jogo de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados será punido com prisão até 6 meses e multa até 50 dias.

A conduta consiste em jogar («praticar») jogos de fortuna ou azar em espaços de exploração ilícita de jogo. Com este crime visa-se o próprio jogador, ou seja, o consumidor, cliente ou frequentador de tais espaços.

Também aqui existe uma longa tradição, que vem das Ordenações. Com efeito, ao lado da tavalagem, sempre se puniu a própria prática de jogo, embora com penas menores. Foi assim nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, com continuidade no Código Penal de 1852 e, em termos idênticos, no Código Penal de 1886.

Com a viragem de página operada em 1927, esta incriminação poderia ter desaparecido. Porém, prosseguiu o seu curso, em termos paralelos ao crime de exploração ilícita. Assim, o crime de prática ilícita de jogos de fortuna ou azar passou a constar do Decreto n.º 14.708, de 10 de Dezembro de 1927.<sup>110</sup> Três décadas depois, como vimos, este diploma foi revogado pela segunda lei do jogo, o Decreto-Lei n.º 41.562, de 18 de Janeiro de 1958.<sup>111</sup> De seguida, o artigo único do Decreto-Lei n.º 47.623, de 3 de Abril de 1967,<sup>112</sup> ocupou-se da matéria

<sup>110</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 273, 10 de Dezembro de 1927, pp. 2331 ss. Artigo 2.º: «As pessoas que forem encontradas jogando jogo de fortuna ou azar, não estado na categoria daquelas que são mencionadas no artigo 1.º e seus parágrafos, e as que estiverem presentes na sala de jogo, fora das zonas e épocas em que é permitido o jogo, serão punidas com a pena de prisão correcional de um mês a três anos e multa de valor não inferior a um quinto dos seus haveres».

<sup>111</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 56, 18 de Março de 1958, pp. 155 ss. Artigo 47.º: «As pessoas que forem encontradas praticando clandestinamente jogos de fortuna ou azar, e que não estejam abrangidas pelo artigo 45.º, serão punidas com a multa de 500\$00 e, em caso de reincidência, com a prisão correcional até seis meses».

<sup>112</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 79, 3 de Abril de 1967, pp. 703 ss.

em termos que foram mantidos pela terceira lei do jogo, o Decreto-Lei n.º 48.912, de 18 de Março de 1969.<sup>113</sup> A que se seguiu a lei do jogo de 1989, actualmente vigente, que diferentemente de todas as anteriores não inclui uma cláusula de subsidiariedade expressa em relação ao crime de exploração ilícita.

A redacção da lei em vigor não é feliz e suscita dúvidas sobre o alcance do tipo legal de crime: na sua literalidade, parece incluir, sem restrições, a prática de todo e qualquer jogo de fortuna ou azar, em qualquer circunstância. Com efeito, a previsão legal «praticar jogo de fortuna ou azar fora dos locais legalmente autorizados» pareceria incluir a prática de todo e qualquer jogo de fortuna ou azar em qualquer local que não os casinos concessionados.

Não pode ser esta a interpretação correcta. Entendemos que o que se pretende criminalizar é a prática de jogos de fortuna ou azar *em locais de exploração ilícita*, e não já a prática de todos e quaisquer jogos de fortuna ou azar *tout court*, seja qual for o local ou contexto ou base matemática. Ou seja: se os jogadores jogarem entre si um jogo de fortuna ou azar que não tem qualquer relação ou ligação a uma exploração ilícita, a conduta não é típica.<sup>114</sup>

Esta conclusão é imposta pelo elemento sistemático e pelo elemento teleológico. Sirva de exemplo a seguinte situação real, um tanto caricata, que foi amplamente relatada na imprensa e nas redes sociais:

«Quatro identificados por jogo ilegal

A GNR, através do Posto Territorial de Lordelo, identificou ontem quatro homens, com idades compreendidas entre os 58 e os 68 anos, pela prática do crime de jogo ilegal, em Guimarães.

<sup>113</sup> *Diário do Governo*, I, n.º 65, 18 de Março de 1969, pp. 291 ss. Artigo 58.º: «Aqueles que forem encontrados praticando clandestinamente jogos de fortuna ou azar e não estejam abrangidas pelo artigo 56.º, e os que estiverem presentes na sala ou compartimento da casa onde se jogue ou onde sejam apreendidos quaisquer utensílios especialmente destinados à prática dos mesmos jogos serão punidas com a multa de 1000\$00 a 5000\$00 e, em caso de reincidência, com a prisão de três meses a um ano».

<sup>114</sup> Por outro lado, no plano civil, este circunstancialismo de jogo gera obrigações naturais. Se assim não se entendesse, não restaria qualquer campo de aplicação para as obrigações naturais: os jogos de fortuna ou azar seriam todos ou geradores de obrigações civis (nos casinos) ou nulos (em todos os outros casos), sem resto. Não parece que tenha sido esta a intenção do legislador. Neste ponto há que conjugar harmoniosamente o regime penal e o regime civil. Entre o jogo concessionado nos casinos e a exploração ilícita existe uma terceira constelação de casos: o jogo a que chamámos «não organizado» ou «desorganizado», em que os próprios jogadores se organizam directamente entre si e ninguém tem uma vantagem da casa (*house advantage*) à partida ou cobra comissões. Este jogo é tolerado, mas não é encorajado — um objectivo que se consegue através da figura das obrigações naturais, como referimos. Para mais indicações, Jorge Godinho, *Direito do jogo* (n. 6), pp. 223 s.

No decurso de uma fiscalização a estabelecimentos comerciais, foi detectada a prática de jogo ilícito de fortuna e azar fora dos locais autorizados, onde os suspeitos se encontravam a jogar às cartas, um jogo conhecido por “Loba”.

Foram apreendidos dois baralhos de cartas e cerca de 21 euros em numerário.

Os identificados foram constituídos arguidos e os factos remetidos ao Tribunal Judicial de Guimarães». <sup>115</sup>

Neste caso, não foi identificada pelas autoridades qualquer tipo de exploração. Estamos aqui no âmbito do jogo a que poderemos chamar «não organizado» ou «desorganizado», ou seja, sem exploração, sem «banca», «casa», «casino» ou empresa, em que os próprios jogadores se organizam directamente entre si.

A previsão do art. 110.º da lei do jogo, na sua literalidade demasiado abrangente, incluiria esta facticidade. Porém, o elemento sistemático impõe que seja interpretada de modo restritivo, relacionando-a com o art. 108.º: deve haver «exploração de jogo», ou seja, só é abrangido pelo art. 110.º quem joga numa *exploração* não autorizada. E não quem joga a dinheiro na rua ou no jardim, por exemplo, sem que exista qualquer «exploração», estando os jogadores em posição de igualdade matemática entre si.

O outro aspecto curioso desta incriminação é que exige flagrante delito. A expressão legal «quem for encontrado» é muito clara. Desta forma, estabelece-se o factor de diferenciação em relação ao crime previsto no artigo seguinte, o art. 111.º, em que precisamente o agente não é «encontrado *a jogar*», mas é «encontrado *em local de jogo ilícito*».

Estamos agora em condições de proceder a uma análise mais ampla sobre a legitimação desta incriminação. O ponto de partida poderá ser a questão de saber qual é o bem jurídico protegido. Concebível seria o património, por razões análogas às discutidas a propósito do art. 108.º, que já vimos *supra*. Quem joga

---

<sup>115</sup> A notícia deste caso foi acompanhada de uma fotografia (com o logotipo da GNR no canto) de dois baralhos de cartas, uma nota de cinco euros e quatro pequenas pilhas de moedas; cfr. «Quatro identificados por jogo ilegal», in *Guimarães Digital*, 24 de Setembro 2019, disponível em <https://www.guimaraesdigital.pt/index.php/informacao/judicial/56398-quatro-identificados-por-jogo-ilegal>. Esta notícia, pelo seu teor aparentemente inverosímil, deu inclusivamente origem a um exercício de *fact-checking* por parte do Polígrafo, que confirmou a veracidade da informação, que, entretanto, se tinha divulgado amplamente nas redes sociais, acompanhada de comentários irónicos ou jocosos. Cfr. Maria Leonor Gaspar, «GNR de Lordelo deteve quatro idosos por jogo de cartas a dinheiro?», 8 de Janeiro de 2020, in *Polígrafo* (disponível em <https://poligrafo.sapo.pt/fact-check/gnr-do-lordelo-deteve-quatro-idosos-por-jogo-de-cartas-a-dinheiro>). O Polígrafo, após investigação, atribuiu à notícia a classificação de «verdadeiro».



num espaço de jogo ilícito está a colocar em risco o seu património de forma potencialmente mais severa do que aconteceria num espaço lícito e regulado.

Cabe, porém, observar que uma pessoa que ingressa num espaço ilícito terá provavelmente uma propensão forte para jogar, mas que não consegue controlar. Um casino *underground* será sempre um ambiente menos seguro ou recomendável. O jogador será, nesse sentido, uma pessoa muito mais carecida de ajuda do que de repressão. Assim, se o que se pretende é proteger o património, prevenindo perdas económicas ao jogo e o vício do jogo, o jogador deve ser visto como a vítima. Sendo certo que o jogador, com a sua conduta, contribui para a existência e desenvolvimento do mercado ilícito, isso não justifica a sua criminalização. Não tem fundamento tentar proteger o jogador contra ele próprio através do direito penal. Trata-se de uma disposição que cabe eliminar.<sup>116</sup> Em termos de política criminal, esta incriminação só fazia sentido num contexto abolicionista, como ocorreu até 1927, em que se pretendia que ninguém jogasse todos e quaisquer jogos de fortuna ou azar. Esta postura maximalista não tem hoje base substantiva.

A incriminação da prática ilícita de jogos de fortuna ou azar prevista no art. 108.º não se aplica às lotarias, às apostas, ou ao jogo *online*. Note-se que no âmbito do jogo *online* não existe um paralelo *penal*.<sup>117</sup>

## 22. Presença em local de jogo ilícito (art. 111.º)

Passamos agora a tecer breves considerações sobre o crime previsto no art. 111.º da lei do jogo.

### Artigo 111.º

#### Presença em local de jogo ilícito

Quem for encontrado em local de jogo ilícito e por causa deste será punido com a pena prevista no artigo anterior, reduzida a metade.

<sup>116</sup> Vai neste sentido, na Alemanha, a posição doutrinal mais consolidada em relação à disposição equivalente do *StGB*, o § 285. Cfr. LK-Krehl/Börner, p. 88 s; Iryna Burd, *Die Legitimität der §§ 284, 285 StGB* (n. 55), 78 ss, com amplas referências.

<sup>117</sup> Nos termos do n.º 2 do art. 58.º da LJO, «Constitui ainda contra-ordenação leve, punível com coima, a prática de jogos e apostas online em sítio na Internet de entidade que não esteja licenciada para a exploração de jogos e apostas online». Poder-se-á considerar que quem joga e aposta *online* através de portais, plataformas ou entidades não licenciadas, viola a ordenação administrativa instituída, o «sistema de autorização regulamentada», o que poderá dar lugar à aplicação de uma coima.

Esta disposição refere-se literalmente a «jogo ilícito» e não a jogo de fortuna ou azar ilícito. A omissão do segmento «de fortuna ou azar» poderia significar que se aplicaria a todos os jogos, apostas e lotarias — mas não é o caso. Trata-se manifestamente de uma redacção descuidada. O elemento sistemático impõe que se interprete esta norma de forma idêntica aos artigos 108.º e 110.º: trata-se aqui da presença em local de exploração de jogo de fortuna ou azar, e não em local onde se explore toda e qualquer tipologia de jogo ilícito.<sup>118</sup>

A conduta proibida consiste em «ser encontrado em local de jogo ilícito e por causa deste». Trata-se de uma norma sem conteúdo substantivo, que apenas visa contornar dificuldades de prova. O legislador presume que se uma pessoa está num local de exploração ilícita de jogos de fortuna ou azar é porque esteve a jogar ou estava prestes a jogar. Porém, não havendo prova, aplica-se esta pena reduzida.

Esta disposição parece direccionada a assegurar eficácia à acção policial, de modo a que todas as pessoas que sejam encontradas no interior de uma exploração ilícita sejam punidas: ou porque fazem parte da oferta de jogo (art. 108.º), ou porque estavam a jogar (art. 110.º), ou porque se presume que eram jogadores (art. 111.º). Desta forma, o artigo 111.º pune o «presumível jogador». Assim, todas as pessoas encontradas são punidas e ninguém fica impune — salvo prova em contrário, ou seja, salvo demonstração de que a presença nada tinha a ver com o jogo, como admite o segmento «e por causa deste».<sup>119</sup> Em conclusão, este artigo 111.º manifestamente deve ser eliminado.

---

<sup>118</sup> Assim, Januário Pinheiro, *Lei do jogo anotada e comentada*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 486.

<sup>119</sup> Que exclui, por exemplo, alguém que se encontrasse no local por razões pessoais, por exemplo a visitar uma amiga. Em todo o caso, o segmento «e por causa deste» é ainda muito amplo: imagine-se um académico que se deslocou ao espaço para o conhecer e observar as práticas de jogo, sem qualquer intuito de jogar, mas apenas para perceber se o jogo ilícito é oferecido exactamente da mesma forma do jogo lícito ou se comporta variações das regras ou dos prémios. Este hipotético académico está no local «por causa do jogo»: precisamente para o observar, embora não para jogar.



INSTITUTO SUPERIOR  
MANUEL TEIXEIRA GOMES

